

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Doctorado en Derecho

La acción ordinaria de protección contra particulares

Fabián Patricio Vallejo Moscoso

Tutora: Claudia Storini

Quito, 2021

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional		
	Reconocimiento de créditos de la obra	
	No comercial	
	Sin obras derivadas	
Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia		

Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo Patricio Vallejo Moscoso, autor de la tesis, **“La acción ordinaria de protección contra particulares”** mediante el presente documento, dejo constancia que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Doctora en Derecho.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, cede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses, a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido, o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico, Esta autorización incluye la reproducción total, o parcial, en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como uso en red local o en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación por parte de terceros respecto a los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda la responsabilidad frente a terceros y frente a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaria General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Abril de 2021

Firma:_____

Resumen

La Constitución de la República del Ecuador del año 2008 en relación con la Constitución del año 1998 presenta un avance en lo que se refiere a las garantías de los derechos fundamentales, planteándose incluso el cambio hacia un nuevo paradigma constitucional. Siendo la acción de protección la garantía jurisdiccional emblemática en este nuevo momento del derecho ecuatoriano.

En esta tesis se estudia los cambios operados en la introducción de la acción de protección, en relación a su precedente la acción de amparo de la Constitución de 1998, en especial en estos aspectos: a) La evolución de una garantía meramente cautelar a una acción tutelar, con la función de prevención de las potenciales violaciones de derechos y el reparar los derechos que se hayan violentado; b) El estudio del ámbito de ejercicio de la acción de protección, a tono con el nuevo paradigma constitucional, no limitada únicamente a frenar los excesos del poder del Estado frente a los ciudadanos, sino con un radio de acción ampliada en cuanto al control y límite que ejercen los poderes fácticos privados de la sociedad, cuando estos violenten derechos fundamentales, causados precisamente, por particulares con contra de particulares, lo que generará un doble efecto de protección de esta acción: vertical estado-particulares, y, horizontal particulares-particulares; y, c) Finalmente la presente investigación aspira explicar y aclarar los casos o las situaciones en que la acción de protección puede ser activada por parte de un particular en contra de otro particular, esto es, por la violación de derechos fundamentales en la prestación de servicios públicos o cuando causen daño grave, indefensión, subordinación y discriminación.

Para tales efectos, como parte de la metodología considerada para su desarrollo, se ha previsto generar una revisión doctrinaria, la exploración bibliografía producida sobre la materia de estudio, el análisis de fallos de los jueces de instancia que en esta línea se han emitido, el lineamiento que direcciona la Corte Constitucional con respecto a la acción de protección, y sobre ellas, las acciones constitucionales producidas entre particulares.

Las reflexiones teóricas y doctrinarias relativas a la vulneración de derechos fundamentales, la eficacia de estos derechos entre particulares, la violación de derechos en la relaciones jurídico privadas, comportan una serie de variantes, ya en el

ámbito constitucional, y, ya en su aplicabilidad en el campo legal-procesal respecto a su accionar y su eficacia, como medida protectora de carácter especial; creería, no solo relacionada a derechos fundamentales, sino irradiada a la vulneración de cualquier derecho garantizado en la constitución, todo ello nos invita como se dijo, a abordar una revisión doctrinal y bibliográfica, la revisión de resoluciones de los jueces y tribunales de instancia, investidos por el constituyente a través de la constitución, al conocer acciones constitucionales, como jueces constitucionales con jurisdicción y competencia en este ámbito, así como los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la institución en estudio.

En atención a línea de hallazgos consideramos necesario en correlación con la teoría general del proceso y en concordancia con la naturaleza de la garantía constitucional, que la acción de protección se la desarrolle como un proceso jurisdiccional directo y autónomo, sopesada en la importancia de esta acción constitucional de proyección preventiva o cautelar y tutelar.

Se ha identificado que los parámetros de inadmisibilidad que obran de la normativa infraconstitucional, particularmente de los contenidos de los Artículos 40 y 43 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional han contribuido al debilitamiento de la acción de protección para salvaguardar de manera directa y eficaz la protección de los derechos constitucionales, no solo en el que hacer de lo público frente a lo privado, sino entre lo privado frente a lo privado, desplazándola a la esfera, creemos, erróneamente mal pensada, de ser una garantía residual, lo cual ha permitido y permite fomentar un campo de amplia la discrecionalidad en los administradores de justicia.

Estos filtros han sido principalmente las causales más utilizadas por los jueces para inadmitir las acciones de protección.

A marea de conclusión general se podría decir, que el mecanismo de defensa constitucional de la acción de protección moldeada por el constituyente, fue concebida como principio y fin, la protección de todos los derechos constitucionales de manera directa y eficaz, esa fue la visión y esa debe ser la orientación.

Creemos que es necesario se rescate el espíritu de la acción de protección, en su real dimensión y aplicación, reconociéndola, como lo es, una garantía

constitucional, que para su viabilización este dotada de un procedimiento directo, sumario, autónomo y preferente, que se desarrolle de manera sencilla, rápida y eficaz, que permita judicialmente la efectiva protección derechos constitucionales.

Tabla de contenidos

Tabla de contenidos.....	9
Introducción.....	13
Capítulo primero.....	17
Evolución de los derechos fundamentales.....	17
1.1. Origen del Estado	17
1.2. El Constitucionalismo Liberal.....	20
1.3. El Constitucionalismo social, igualitario o democrático	22
1.4. Concepción de los derechos “fundamentales”	24
1.5. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales	27
1.6. Escisión de la protección de los derechos en el ámbito público y privado.	30
1.7. Las garantías constitucionales	33
1.7.1. Concepto.....	33
1.7.2. Garantías constitucionales en Ecuador.....	36
1.7.3. Marco Jurídico Ecuatoriano	39
1.7.4. Garantías en el Estado de Derecho.....	43
1.7.4.1 Acción de Hábeas Corpus	44
1.7.4.2 Acción de acceso a la información pública	46
1.7.4.3 Acción de Hábeas data	46
1.7.4.4 Acción extraordinaria de protección.	47
1.7.4.5 Acción por incumplimiento	48
1.8. La eficacia de los derechos fundamentales <i>inter privados</i>	49
1.8.1. Tratamiento de los derechos fundamentales <i>inter privados</i> en otros ordenamientos jurídicos	61

1.8.1.1 España	61
1.8.1.2 Alemania	62
1.8.1.3 Estados Unidos y Canadá.	70
1.8.1.4 Colombia	74
1.8.1.5 Panamá	75
1.8.1.6 México.....	78
1.8.1.7 Brasil	80
1.8.1.8 Perú.....	83
1.9. El sistema de protección jurisdiccional de los derechos en Ecuador y su virtualidad frente a las vulneraciones producidas en las relaciones entre particulares	89
Capítulo segundo.....	93
La acción ordinaria de protección de derechos fundamentales frente a los particulares	93
2.1. La Acción de Protección frente a particulares: antecedentes y doctrina	93
2.1.1. Antecedentes	93
2.1.2. Doctrina.....	95
2.1.2.1 La Teoría de la eficacia directa de los derechos fundamentales	96
2.1.2.2 Teoría de Drittwirkung (derecho fundamental frente a terceros) mediata o indirecta	109
3.4. Concepto	117
2.3. La situación de la acción de amparo contra particulares en el Derecho Latinoamericano.....	121
2.3.1 Países donde se admite de manera general la acción de amparo contra particulares	122
2.3.1.1 Argentina	122
2.3.1.2 Bolivia	124
2.3.1.3 Chile	125

2.3.1.4 Perú.....	126
2.3.1.5 República Dominicana	126
2.3.1.6 Uruguay	127
2.3.1.7 Venezuela	129
2.3.2 Países que admiten la acción de amparo contra particulares en forma restringida.....	131
2.3.2.1 Colombia	132
2.3.2.2 Costa Rica.....	134
2.3.2.3 Guatemala.....	134
2.3.2.4 Honduras	135
2.3.3. Sistemas en los cuales se excluye la acción de amparo frente a acciones u omisiones de particulares.	136
2.3.3.1 Brasil	136
2.3.3.2 El Salvador	137
2.3.3.3 México.....	138
2.3.3.4 Nicaragua.....	139
2.3.3.5 Panamá	140
Capítulo tercero	143
Presupuestos de procedencia de la acción ordinaria de protección entre particulares	143
3.1. La acción de protección en el ordenamiento jurídico del Ecuador.....	143
3.1.2. Evolución de la acción ordinaria de protección contra particulares en el ordenamiento ecuatoriano.	145
3.1.3. La acción ordinaria de protección: Finalidad.	151
3.1.4. La acción ordinaria de protección: Naturaleza Jurídica.	152
3.1.5. La acción ordinaria de protección: Ámbito de Aplicación.....	153
3.2. La acción ordinaria de protección en la Constitución de 2008	156

3.2.1 Características	156
3.2.2. Acción de naturaleza tutelar.	160
3.2.3. Acción informal.....	161
3.2.4. Acción inmediata directa.....	162
3.2.5. Preferencia procesal	163
3.2.6. La subsidiariedad de la acción de protección	163
3.4. 3. Análisis jurisprudencial de la acción ordinaria de protección	167
3.4. Situaciones en las que procede la acción de protección contra particulares .	171
3.4.1. Requisitos de admisibilidad de fondo de la acción de protección.....	172
3.4.2. Violación de derechos constitucionales por particulares que provoquen daños graves	175
3.4.3. Violación de derechos constitucionales por particulares en la prestación de servicios públicos impropios, por delegación o concesión	177
3.4.3.1 El servicio público: concepto	178
3.4.3.2 Elementos jurídicos comunes de los servicios públicos.....	180
3.4.3.3 Clasificación.....	181
3.4.3.4 La delegación y concesión de los servicios públicos.	182
3.4.3.5 Procedencia de la Acción de Protección	183
3.4.3.6 La irradiación de los derechos fundamentales	184
3.4.3.7 La potestad del particular que presta servicios públicos	185
3.5. Particulares en relación con los cuales exista una situación de subordinación, indefensión, discriminación.....	186
3.5.1 La subordinación	186
3.5.2 La indefensión	188
3.5.3 La discriminación	189
Conclusión.....	191
Bibliografía.....	195

Introducción

Es una práctica constante que se evidencie en las normas constitucionales una estructuración respecto al funcionamiento y organización de los órganos públicos de poder del Estado, incluyéndose en el ámbito jurídico principios básicos que se enmarcan en la actividad de este, tales como la equidad y la igualdad, principios estos que se relacionan con la protección efectiva de los derechos del ser humano mediante los que se desarrolla la vida en común y el bienestar de los individuos sociales.

Los derechos fundamentales y su eficacia son producto de un proceso histórico, cuyo progreso está dado a partir de varias visiones políticas. Y, el Ecuador es un país que ha pasado por diversos cambios en su ordenamiento jurídico en cuanto a su estructura y funcionamiento.

Como elementos justificativos para el desarrollo del presente trabajo, en consideración al cambio de un Estado Liberal a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia al que ha transitado el Ecuador, produjo la transformación de la cultura jurídica y de la forma de gobierno, conllevando a que la ejecución de sus políticas las realiza de manera descentralizada. La Constitución de Montecristi posee una esencia garantista que regula una serie de acciones jurisdiccionales para la protección de los derechos humanos, tales como: la acción de habeas corpus, la acción de hábeas data, la acción por incumplimiento, la acción de acceso a la información pública, la acción extraordinaria de protección, y, la acción ordinaria de protección; referente a esta última, motiva su análisis en virtud de la importancia que irradia de su concepción constitucional, presentada como una vía expedita por la cual se puede dar un amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales cuando estos se encuentren amenazados por actos autoridad pública no judicial o por actos de particulares contra particulares.

Otro aspecto que justifica la investigación se circunscribe al hecho de que, las garantías dispuestas en la Constitución han sido desarrolladas, reguladas y delimitadas por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Esta normativa ha determinado los aspectos procesales de la acción de protección,

igualmente impone los requisitos para su procedencia, los derechos susceptibles de ser protegidos por medio de la acción y el trámite a llevar a cabo para interponer la misma, así como las disposiciones para la ejecución formal y material de las sentencias derivadas.

La acción de protección ha sido regulada específicamente en relación con su contenido debido a que se establece como admisible cuando se han agotado la totalidad de los recursos judiciales.

La acción de protección se ha caracterizado por adoptar diversas connotaciones y procedimientos, sin embargo, su objetivo es común, puesto que vela por el amparo directo y eficaz de los derechos fundamentales, así como de la reparación del daño causado como consecuencia de la violación de estos derechos que se encuentran recogidos en el texto constitucional.

La presente investigación estará enfocada como objetivo general a realizar un estudio y análisis de la acción ordinaria de protección como garantía para la plena vigencia de los derechos constitucionales de las personas, particularmente contra los actos u omisiones de particulares. Se plantearán una serie de características del funcionamiento de esta acción en el derecho comparado y en el sistema jurídico ecuatoriano, haciendo especial énfasis en la observancia del espíritu de esta, tanto en la legislación ecuatoriana como en el derecho comparado, entre este, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La acción de protección representa un cambio de modelo en cuanto a los derechos fundamentales, dado el traspaso de una barrera teórica que consideraba al Estado como único posible transgresor de los derechos humanos, transitando a la concepción de que estas infracciones también pueden producirse y de hecho se producen inter privados; sin embargo, la acción de protección actualmente presenta dificultades no sólo de interpretación, sino de aplicación y admisibilidad debido a que, contrario a los principios enmarcados en la constitución, se han determinado limitaciones para ejercerla, al establecerse el cumplimiento de procedimientos previos para acceder a este mecanismo de protección.

Como objetivos específicos se concibe analizar la incorporación de la acción ordinaria de protección en el régimen constitucional bajo la óptica de una garantía para la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en el texto constitucional.

Se identificará así mismo, si en la práctica jurídica-procesal de orden constitucional, existen barreras normativas contrapuestas a la supremacía constitucional, frente a la visión que el constituyente, cuyo objeto fue el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución.

Se aborda la inspiración de la normativa constitucional, si la acción de protección debe ser considerada como vía secundaria de corte residual, o de una acción directa y autónoma, en cuanto a la protección de los derechos constitucionales de refiere.

De frente a lo señalado se derivan los siguientes cuestionamientos: ¿La acción de protección es un recurso que da cumplimiento directo y eficaz a las garantías dispuestas en la Constitución?, teniendo en cuenta que el constituyente ha reconocido que la Carta Magna no solamente es un freno de poder para el Estado, sino también para él mismo, y para todos los ciudadanos que en determinadas circunstancias en vista de una superioridad fáctica que ostentan, puedan violar derechos constitucionales de otros.

Por otra parte ¿La acción de protección entre particulares presenta problemas de aplicación, en virtud de la ausencia del Estado como parte?, resaltando que las realidades existentes en la sociedad se ven influenciadas por situaciones que deben ser controladas para evitar la arbitrariedad puesto que, la acción de protección frente a particulares no es nada más que el reconocimiento de la Constitución, por el contrario, es el manual democrático de convivencia de todos los ciudadanos y estos deben respetar y acatar.

En otro orden de ideas ¿La acción de protección entre particulares, tiene carácter subsidiario? Debido a que aparece consagrada en la Constitución como un proceso de conocimiento, declarativo y no residual.

Por último, es importante determinar si las limitaciones sistemáticas establecidas legalmente, imponiendo parámetros de inadmisibilidad disminuye la efectividad de la acción restringiendo la posibilidad de que esta cumpla con su finalidad.

Todas estas interrogantes pretenden ser abordadas mediante la presente investigación, atendiendo a la relevancia de la acción de protección, no solo para el

ordenamiento jurídico ecuatoriano, sino para la jurisdicción internacional, dado la importancia que se establece en el tratamiento de los derechos constitucionales y fundamentales.

Se ha dado especial importancia a la acción de protección, cuando esta tiene como parte demandada al Estado, pues el peso de este hace doblemente vulnerable a la víctima. Sin embargo, se requiere un análisis en cuanto a la posibilidad de ejercer la acción de protección entre particulares y las limitaciones que puedan coartar al accionante cuando pretenda el resarcimiento del derecho que le ha sido vulnerado.

En cuanto a la estructura de la investigación, esta consta de cuatro capítulos. El primer capítulo se centra en el análisis de la evolución de los derechos fundamentales y estudia el reconocimiento de la eficacia de estos entre los particulares y las garantías constitucionales en el sistema de protección.

En el segundo capítulo contempla la acción ordinaria de protección y sus características generales en cuanto a su conceptualización, naturaleza jurídica, configuración, ámbito de aplicación y finalidad, las modalidades de admisión o exclusión de esta entre los particulares, así como la situación de la acción ordinaria de protección o recurso de amparo en América Latina.

El capítulo tercero está dirigido a la procedencia de la acción de protección entre particulares y abarca un análisis de la eficacia horizontal desde un punto de vista doctrinal y su tratamiento en el sistema jurídico ecuatoriano, en especial en la Constitución de 2008.

Finalmente, se presentan las respectivas conclusiones, las cuales emanan no solo del estudio de la situación de la acción de protección entre particulares en el Ecuador, sino de la comparación de otros escenarios de orden latinoamericano estudiados desde la generalidad hasta la particularidad de la aceptación de las garantías constitucionales siguiendo criterios cronológicos y jerárquicos que permiten establecer el alcance y el desarrollo legal de esta institución en concordancia con las disposiciones doctrinales, jurisprudenciales, constitucionales y legales.

Capítulo primero

Evolución de los derechos fundamentales

1.1. Origen del Estado

El Estado en el pasado se concibe a través de las formas precarias que tenían los habitantes de organizarse para definir el poder, parte fundamental del ser humano que por naturaleza es un ser social que requiere realizar actividades en unión con otros de su especie.

Ejemplos de la organización de grandes civilizaciones refieren el aparecimiento de esta figura, dentro de estas se encuentra: Egipto, Medio Oriente, Roma, Asia, que han contribuido a la conformación del concepto de lo que hoy se conoce como Estado.¹

Es precisamente la forma organizativa la que define la estructura del Estado puesto que está dirigida a velar por la existencia de un trato equitativo y digno hacia las personas independientemente de la voluntad que tengan los gobiernos, para lo cual se combinan aspectos políticos, jurídicos y administrativos que colaboran en las relaciones que se producen entre los estados y entre ciudadanos - Estado, enmarcadas en principios del buen vivir.

La trasgresión a la libertad que se evidenció en la configuración del Estado absolutista y la lucha por la oposición a este trajo como consecuencia que en la actualidad se cuente con los principios de primer orden que rigen las constituciones modernas, así se puede tomar como referencia que en tiempos remotos, las tribus, las gens, las bandas, el clan estuvieron conformados por grupos de personas que se unían

¹ García Ruiz, José, *Introducción al derecho constitucional*, (Madrid: Ediciones Universidad de Cádiz, 2010).

con el fin de desplegar acciones que les permita alcanzar objetivos previamente trazados.²

En otras formas de Estado como la que se produjo en Egipto, la idea de autoridad estaba identificada con el custodio, lo que indica que el Estado era el faraón. En Grecia también se advertían prácticas organizacionales entre las cuales se encontraban las asambleas que descentralizaban el poder y la autoridad, como el caso del consejo de ancianos. En Roma el Estado estuvo constituido por diferentes grupos de personas que contaban con sus propios líderes, lo que los llevó a buscar una autoridad central, que en este caso era ejercida por el César. Después se distingue un nuevo modelo de Estado, el dado por las monarquías en donde todo el poder estaba centrado en el Rey, a quien incluso se le adjudicaban capacidades divinas.³

Ninguna de estas formas de Estado satisfacía las necesidades del pueblo; el común denominador era el malestar colectivo que provocaba un ambiente de revolución, lo que dio paso a que los filósofos busquen dar un significado de Estado adecuado. Es a partir de la Revolución Francesa, el 14 de julio de 1789, que se introdujeron nuevos conceptos de Estado; posteriormente surgió la Carta de la Independencia de los Estados Unidos de América en donde se consolidó este modelo que fundamentalmente establecía “el pueblo es la universalidad del Estado, sin pueblo no hay Estado y viceversa”.⁴

Al hablar sobre los elementos del Estado, Francisco Pérez refiere además del pueblo, al poder y al territorio, por ello, puntualiza:

Pueblo: es el compuesto social de los procesos de asociación en el emplazamiento cultural y superficial, o el factor básico de la sociedad o una constante universal en el mundo que se caracteriza por las variables históricas.

Poder: se le entiende como la capacidad o autoridad de dominio, freno y control a los seres humanos, con objeto de limitar su libertad y reglamentar su actividad, este poder puede ser por uso de la fuerza de la fuerza, la coerción, voluntaria o por diversas causas. Pero en toda relación social, el poder presupone la existencia de una subordinación de orden jerárquico de competencias o cooperación reglamentadas.

² *Ibíd.*

³ Villena, C. Zulema. *El origen del Estado*, (México DF: Editorial Porrúa, 2009)

⁴ Henao, Javier, *Derecho Procesal Constitucional*, (Bogotá: Temis, 2006), 125.

Toda sociedad no puede existir sin un poder, absolutamente necesario para alcanzar todos sus fines propuestos. Y;

Territorio: es el elemento físico de primer orden para que surja y se conserve el Estado, pero agrega que la formación estatal misma supone un territorio sin la existencia de este no podrá existir el Estado.⁵

Es preciso indicar que fue la Revolución Francesa la que marcó la base del origen de lo que se conoce como Estado moderno. Se considera que, desde la perspectiva occidental, la edad moderna es la tercera etapa del proceso histórico de la humanidad y ha contribuido a la evolución de los aspectos sociales, económicos, religiosos y políticos, como ejemplo de ello se puede nombrar la afirmación de la burguesía, el mercantilismo, capitalismo y la economía globalizada, el renacimiento, humanismo, la reforma y contrarreforma de la iglesia y las monarquías dominantes. Estos cambios que afectaron la estructura del Estado se produjeron alrededor de los siglos XIV y XV y abarcaron países como Inglaterra, Francia, España y Portugal. En razón de lo expuesto, son elementos fundamentales para constituir un Estado la delimitación del territorio, la unidad cultural y lingüística de su población, la concentración de poderes y el establecimiento de un ejército.⁶

En cuanto al constitucionalismo social e igualitario, identificamos los siguientes momentos o fases de la evolución de los derechos constitucionales:

- a) El constitucionalismo liberal que surge con la consolidación de la economía capitalista y los derechos correlativos: libertad, propiedad, seguridad, como frenos a la arbitrariedad estatal y de los gobiernos absolutistas; aquí los derechos fundamentales son efectivos en las relaciones verticales Estado-ciudadano, privilegiando la autonomía privada y libertad contractual; y,
- b) En el constitucionalismo social, igualitario o democrático, los derechos fundamentales se mueven en dos direcciones: como frenos al poder del Estado en sus diferentes expresiones y teniendo en cuenta los poderes facticos privados, producto de las diferencias sociales; es decir, “tienen efecto tanto vertical como horizontal –particular vs particular-, buscando que en estas

⁵ Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, (México DF: Porrúa, 1997), 35.

⁶ Salazar, Iván, *Introducción al Estado*, (México DF: Porrúa, 2008)

relaciones prevalezca la igualdad real o sustancial por sobre la igualdad formal”⁷.

1.2. El Constitucionalismo Liberal

Surgió como la antípoda del Estado absoluto. Los poderes del soberano son considerados *legibus soluti* (legislación suprema y libre), alcanzando el precepto que estipula que todos los poderes públicos deben obedecer el principio de la legalidad. Bajo esta estructura se halla definida la constitución del Ecuador puesto que en su parte dogmática establece los principios básicos que rigen al Estado y los derechos individuales de los ciudadanos y en su parte orgánica enmarca la estructura político territorial y la división de los poderes que conforman la República⁸

Los principios del liberalismo serán desarrollados con pensadores como Tomas Hobbes (1588-1679), para quien el hombre en naturaleza es “lobo del hombre”, *homo homini lupus*; Juan Jacobo Rousseau (1712-1778) planteará la necesidad de sacrificar, en parte, algo de esa libertad en el que vive el hombre para buscar el bien común; John Locke (1632-1704) afirmara que, en el uso de la libertad unos pueden oprimir a otros.

Para evitar la posibilidad del absolutismo, el Estado y la sociedad a través del derecho conforman en un pacto social, como lo expuso Rousseau establecer un cuerpo colectivo llamado a formar una “asociación que defienda y proteja a toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado mediante el cual cada uno, uniéndose a los demás, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes”.⁹ Este pacto social impide la imposición de un grupo o sector sobre otro, en donde el uso de la libertad de unos, no signifique la opresión de otros; conformando una “convención hipotética mediante la cual todos los habitantes de una nación ceden al Estado con el objetivo de resguardar sus derechos naturales un poco de su libertad por su seguridad”.¹⁰

⁷ González Dávila, Richard, *La constitucionalización del Derecho Privado y la Acción de Protección frente a particulares*, (Revista de Derecho N° 16, 2011), 60.

⁸ Rolla, Giancarlo, *El papel de la Justicia Constitucional en el marco del constitucionalismo*, (dialnet.unirioja.es, s.f.) en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5084746.pdf> (último acceso: 11 de enero de 2018).

⁹ Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, (Madrid: Penguin Random House Grupo Editorial, 2012), 9.

¹⁰ Gonzalez, *La Constitucionalización*, 64.

Desde un punto de vista jurídico el constitucionalismo liberal es catalogado como pautas impuestas por el ordenamiento jurídico en una sociedad política. Este es promovido por medio de una constitución escrita. La norma constitucional es la que marca la supremacía y por tanto la jerarquización que deben observar todas las disposiciones emanadas de los diferentes poderes que conforman el sistema de gobierno. En ello debe prevalecer la integración en un sistema cuyo fin sea garantizar y asegurar la libertad y vida de los individuos sociales, así como la propiedad privada.

La Revolución Francesa en 1789 constituye el hecho histórico social que puso en vigencia el pensamiento liberal y desarrolló todo un conjunto de normas e instituciones cuyos principales sustentos son muestra fehaciente de las características del constitucionalismo liberal; ellas son:

- a) La separación del poder público, estableciendo una adecuada independencia entre los tres poderes que forman parte del Estado, el poder legislativo, el poder ejecutivo y el judicial.
- b) La libertad total de las personas en sus actividades privadas, productivas y de comercio, en donde el Estado solo intervendrá cuando hay problemas entre las personas privadas; “la esfera pública y la privada tienen una línea divisoria clara y definida”.
- c) La propiedad junto a la libertad son parte esencial de los derechos fundamentales, los cuales se consolidan como medios de defensa ante los posibles abusos de los poderes públicos.
- d) El Estado antes propietario concentrador y opresor de la libertad con capacidad para restringirla y limitarla, hoy tiene la función de no intervenir más para proteger la propiedad particular, en cuanto será el mercado el lugar privilegiado en donde se hace efectiva la libertad para comerciar, comprar y vender, a través de una mano invisible que permite mediante la iniciativa individual el bien común de toda la sociedad.
- e) Consecuencia de lo anterior, el Estado gendarme a través de sus funciones debe limitarse a vigilar que las obligaciones que se contraigan entre particulares se cumplan, lo pactado es ley para las partes contratantes; en función de la

igualdad que las personas gozan en la sociedad; encontrándose impedido el Estado de revisar o cambiar lo acordado.

- f) Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales en el constitucionalismo liberal mantienen una connotación totalmente individual, garantizando la libre iniciativa, la propiedad y otorgando las garantías necesarias para el desenvolvimiento individual; otorgando la seguridad jurídica, a través de la existencia de un sistema normativo previamente establecido.
- g) Finalmente, en contraposición al poder absoluto del régimen absolutista, la soberanía del Estado radica en el pueblo y por tanto ante cualquier amenaza de un poder absoluto el pueblo podrá revelarse como sucedió en la Revolución Francesa.¹¹

Pudiendo concluirse, conforme manifiesta González que “en el constitucionalismo libertario, el Estado deja que se desarrollen libres la autonomía privada y la libertad contractual que son afianzadas por la seguridad Jurídica”¹², generándose toda una institucionalidad compuesta por principios, normas e instituciones que garanticen este paradigma.

En este sentido, la corriente liberal fundamenta y desarrolla ideas subsumidas en un Estado soberano, representativo y gendarme en donde el derecho de la libertad y la propiedad es impulsado por los órganos y entes que resguardan los derechos individuales y colectivos.

1.3. El Constitucionalismo social, igualitario o democrático

La libertad de producir y comercializar fue generando profundas diferencias entre clases sociales, quedando un sector excluido. La lógica de acumulación propia del capitalismo generó por una parte grandes empresas nacionales y transnacionales y, por otro lado, la falta de reconocimiento, el desplazamiento y explotación de sectores sociales, provocando a lo largo de la historia, profundas luchas de los trabajadores quienes mediante su acción coaligada de conquista de derechos atemperan la libertad de empresa y contratación; los negros y otros grupos étnicos exigen el reconocimiento

¹¹ Avila, Ramiro. *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, (Quito, Pichincha: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008)

¹² González, *La constitucionalización*, 70.

de sus diferencias culturales y de igualdad ante la ley, inquilinos, consumidores, niños, adolescentes, mujeres, personas con discapacidad, entre otros, logran con su acción que se les visualice como sujetos sociales portadores de derechos.

De esta manera el liberalismo clásico cuyo fundamento es la igualdad formal de todos los ciudadanos ante la ley, no podrá dar respuestas a las nuevas realidades e injusticias generadas en su seno, por lo que se llevarán a cabo reformas legales e institucionales que permitan reconocer estas nuevas realidades, así se ha manifestado que descenderá

paulatinamente el reinado normativo del Código Civil, pues este fue diseñado para aplicar una justicia conmutativa y no distributiva, como la que se requiere ante el reconocimiento de la situación de desigualdad en la que se encuentran estos grupos excluidos.¹³

El reconocimiento y la incorporación de regulaciones de esta nueva realidad social en la ley dan inicio a la promulgación de leyes como el Código del Trabajo, Ley de Inquilinato, Código de Menores, entre otros; posteriormente estas realidades son incorporadas y reguladas en las Constituciones dando inicio a un proceso de reconocimiento del derecho privado en las Cartas Políticas, variándose de esa manera las fuentes de las obligaciones privadas antes limitadas a la ley, al contrato, al cuasicontrato, los delitos y los cuasidelitos puesto que ahora estas se incluyen en el marco constitucional.

Se reforma así el Constitucionalismo Liberal en cuanto a las relaciones entre particulares debido a que están en obligación no solo de observar la ley y los contratos, sino principalmente los derechos constitucionales. En consecuencia, se habilita la facultad de la intervención del juez constitucional como garante del respeto de los derechos, a fin de asegurar su vigencia en caso de ser inobservados.

La constitucionalización del derecho privado, en definitiva, significa limitar el poder que detentan los particulares, dada su fuerza económica debido a que algunos privilegiados llegan a tener más poder que los Estados, influyendo en los diferentes ámbitos de la vida social como educación, salud, vivienda, obra pública, telecomunicaciones, cultura, entre otros.¹⁴

¹³ Ibíd. 59

¹⁴ Ibíd. 60

1.4. Concepción de los derechos “fundamentales”

Las concepciones vinculadas al surgimiento de los derechos fundamentales están estrechamente relacionadas con los derechos humanos, aunque en la doctrina se ha señalado que ambos contienen diferencias. A lo largo de la historia el ser humano ha emprendido una aptitud de resistencia frente al poder de dominación. Parte de sus acciones han estado dirigidas a la creación de fórmulas *ius* filosóficas que contribuyan al freno de ese poder.

En un primer momento, estas acciones se han basado en la creación de principios que fundamenten de alguna manera la organización en cuanto al ejercicio del poder, como una forma limitadora del mismo y, por otra parte, se ha trabajado en la creación de espacios de libertad y medios de reacción en el ámbito jurídico frente a las injerencias del poder.¹⁵

En la época antigua, culturas como la griega y la china ya trataban temas referidos “al gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres”, con el propósito de organizar el ejercicio de poder frente a los gobernados, donde la dignidad de los ciudadanos y el respeto deben ser los fines de un buen gobierno. No obstante, la concepción de derechos humanos, como se conoce en la actualidad, surge del pensamiento liberal y revolucionario del siglo-XVIII¹⁶.

Si se analiza la perspectiva occidental entorno a los derechos fundamentales se evidencia que la fundamentación de los derechos está basada en tres modelos o teorías. El primero es el modelo historicista, del cual formó parte el movimiento ilustrado de los siglos XVII y XVIII. Esta corriente perseguía alcanzar ciertas reformas en las instituciones del antiguo régimen, pero las reformas no buscaban una ruptura radical con dichas instituciones, lo que significó que aún y cuando la sociedad y el Estado necesitaban un cambio acorde a las nuevas pretensiones surgidas en la época este debía ser desarrollado de una forma gradual en concordancia con las condiciones existentes.

¹⁵ De Asís, Rafael, *Las paradojas de los Derechos Fundamentales como límites al poder*, (Madrid: Dykinson, 2008).

¹⁶ Bobbio, Norberto, *¿gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?*, (Italia: Ed. Plaza Janés Editores, 2014).

En esta corriente surgieron términos tales como “Constitución histórica”, el cual se refería a normas antiguas que reflejaban costumbres y directrices típicas del poder del monarca y los representantes de las comunidades. Las leyes consuetudinarias eran fundamentales y constituían una fuente normativa de alto valor para la época. En estas estaban presentes los derechos; es necesario destacar que dichas regulaciones no se caracterizaban por estar reflejadas en escrituras, sino que su solidez se alcanzaba a través del uso constante de las mismas, logrando así la consolidación de libertades concretas.

Los derechos existentes también fueron resultado de pactos establecidos entre los sujetos del poder público y los representantes de los ciudadanos, donde el Parlamento era la forma de organización que operaba en ese entonces y representaba los intereses de la comunidad.

La historia, como base de este modelo, no solo fundamentaba la titularidad de los derechos y su contenido, sino que además existía un sistema propio de garantías para el cumplimiento de estos. Ello se evidencia en la creación de una institución intermedia (parlamento), cuya función era sancionar los actos subversivos del monarca hacia los derechos de sus súbditos y por otra parte la instauración de un derecho de resistencia, que era ejercido por las comunidades ante la violación de sus derechos.

El segundo modelo es el iusracionalista, el cual tenía su base en el derecho natural y su fundamentación en la razón humana confiriéndole validez a las normas. Por medio de esta teoría se alcanza un mayor dinamismo en el ordenamiento jurídico, puesto que se introduce a la razón como una herramienta para emitir criterios de validez, pero la misma, siempre debía estar relacionada al derecho natural, lo cual constituía un freno en el desarrollo del ordenamiento jurídico.

El derecho natural como pieza fundamental de esta teoría defendía el origen de todas las libertades del hombre siendo parte inherente a su persona y, su conocimiento estaba supeditado a partir de las reflexiones propias que cada individuo llevase a cabo, de esta hipótesis surge la teoría cartesiana.

Se reconocía que los individuos poseían una igualdad respecto a sus libertades, además esta corriente crea el concepto “estado de naturaleza”, donde no solo se defiende la igualdad entre los individuos, los cuales no poseían un ligamen social o

estatal, sino que eran titulares de todos los derechos y libertades que la propia naturaleza les había otorgado como elementos indispensables para lograr su autorrealización, ejemplos de estos derechos son: la libertad, la vida, la propiedad, entre otros.

Surge a partir de esta teoría iusracionalista la idea de pacto social, donde se limita el ejercicio de los derechos y estos se posicionan en un plano horizontal en cuanto a su ejecución debido a que la sociedad está compuesta por varios miembros que poseen también derechos y deben ser respetados y, en el plano vertical el Estado tiene la obligación de garantizar los derechos de cada integrante de la sociedad.

Existe un cambio en catalogar a los derechos: de naturales se transforman en derechos civiles. Dicho cambio no es reconocido por la doctrina como algo negativo. Al respecto De Asís expresa lo siguiente:

Los derechos civiles siguen teniendo su fundamento último en los derechos naturales previos, es decir, preexisten al Estado que, por tanto, los limita, pero no los fundamenta (de ahí que el iusracionalismo acudiese a *Declaraciones* de derechos que, como dice la francesa de 1789, no crean esos derechos, sino que se encargan de recordarlos a sus titulares); además, los derechos civiles, al tener su fundamento en derechos naturales, les corresponden a todos los hombres¹⁷.

Lo expresado por el autor solo demuestra un cambio en el contenido del derecho, de ser ilimitado pasa a ser limitado, con el fin de que cada individuo los ejercite sin que medie una colisión en cumplimiento de estos. El límite solo podrá ser establecido por medio de la ley, debido a que la norma proviene de la voluntad general, reconocido así por la teoría iusracionalista.

Se diferenciaron aquellos derechos que tenían un contenido específico tal es el caso de los derechos de participación política o de libertades positivas. Su tratamiento fue diferente al de los derechos civiles, puesto que se promulgaba que estos servían para participar en el Estado y por ende su fundamento no se hallaba en los derechos naturales. Surgiendo así una distinción clara entre ambos a partir de la proclamación del pacto social.

¹⁷ *Ibíd.*, 45

El tercer y último modelo es el positivista, donde los derechos cobran relevancia a partir de las decisiones emanadas del órgano estatal competente. Por tanto, no existen derechos previos al surgimiento del Estado, solo existe un derecho positivo emanado de los órganos estatales que son los que los crean.¹⁸

La concepción positivista facilitó que el Estado tuviese cierta libertad para determinar la titularidad y contenido de los derechos. El actuar del Estado estará desvinculado del derecho natural y de la concepción historicista puesto que estos dejan de ser exclusivamente de libertad y llegan a tener la fundamentación que el Estado estime en cada ocasión según corresponda. Por lo que se darán momentos en los que se vinculen a principios liberales en determinadas esferas donde el Estado no intervendrá y en otros supuestos donde el propio Estado los otorgará a los individuos para que estos formen parte del poder público. Por lo antes expuesto, una vez que se abandona de manera definitiva la corriente iusracionalista se puede afirmar que ellos se basan exclusivamente en el derecho positivo y específicamente en la Constitución, la cual es norma suprema del ordenamiento jurídico.

En este sentido, se determina que un derecho fundamental constituye una facultad o poder reconocido por la norma suprema que brinda la posibilidad de realizar o no determinados actos que están respaldados por medios jurisdiccionales que protegen al poder público del Estado y a las personas. Aunque estos están estrechamente vinculados a los derechos humanos la diferencia fundamental entre ambos radica en que los derechos fundamentales están reconocidos en los textos constitucionales de cada nación, mientras que los derechos humanos solo están en las declaraciones.

1.5. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales

Respecto a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales la autora Iglesias Bárez expone lo siguiente:

De esta interpretación de los derechos fundamentales se derivan, de forma paulatina, su irradiación a las relaciones de derecho privado, la denominada eficacia frente a terceros, los derechos originarios a prestaciones o derechos de participación de los

¹⁸ Hermida del Llano, Cristina, *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, (Barcelona: Anthopos, 2011).

individuos frente al Estado, el deber de protección por parte del Estado de las libertades aseguradas por derechos fundamentales, las garantías procesales de los procesos estatales de decisión de los que puedan derivarse perjuicios para los derechos fundamentales, los principios de organización de las instituciones públicas y privadas en las cuales los derechos fundamentales se hacen valer según el principio de la división de funciones; y aún serían posibles nuevos pasos.¹⁹

En la articulación de los derechos fundamentales, si se toma como base principios objetivos, se debe tener en cuenta determinados aspectos que están interrelacionados. Por una parte, la necesidad y la posibilidad de que el Estado reglamente las relaciones sociales en los límites constitucionales y por otro lado el reconocimiento en el ámbito jurídico de la libertad que brinda la autodeterminación de los individuos.

La dimensión objetiva de los derechos fundamentales se ha desarrollado a partir de los planteamientos derivados de la doctrina alemana y su jurisprudencia. Según el Tribunal Federal Constitucional alemán: Las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo.²⁰

Esta nueva dimensión atribuida a los derechos constituye valores que pueden ser definidos como el contenido fundamental de estos y se basan en normas objetivas de principios. Todo esto es representativo de los principios concretos de una sociedad íntimamente ligada a un sistema cultural y de ello se deriva la razón y el fundamento del Estado, el cual reconoce los derechos y los procura.

La dimensión objetiva de los derechos fundamentales ha sido definida por Alexy como: “El resultado de hacer una triple abstracción de la prerrogativa fundamental que elimine completamente su contenido jurídico-subjetivo”.²¹ Es decir, que el reconocimiento de los derechos, como valores objetivos, impone al Estado que

¹⁹ Iglesias Báez, Mercedes, *Estructura orgánica y derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, (Salamanca: Universidad de Salamanca, 2011), 127.

²⁰ Bockenforde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, (Berlín: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993), 95.

²¹ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Madrid: CEPC, 2001), 83.

ejecute mandatos para la protección de los destinatarios de la norma constitucional, independientemente de su condición de públicos o privados.

Luego de la Segunda Guerra Mundial cuando se materializa la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, de simples aspiraciones políticas y directrices no vinculantes estos se convierten en un sistema de preceptos que surgen como respuesta al régimen nacional socialista y a la quiebra del positivismo jurídico. Es por ambos motivos que la doctrina y jurisprudencia alemana impulsan en gran manera la construcción teórica de las normas objetivas referentes a principios y decisiones axiológicas, referidas a los derechos fundamentales, como una medida para tratar de superar todo el horror suscitado durante la época de una Alemania nazi.

El reconocimiento de dicha objetividad ha traído determinadas consecuencias en el ordenamiento jurídico. Ellas son: el efecto de irradiación o expansión de los derechos, el deber de protección y la eficacia frente a terceros.

El efecto de expansión de los derechos fundamentales se materializa en la amplia influencia de estos en todas las esferas del sistema jurídico. No se trata de normas que se limitan solo a la regulación de una relación inmediata como la establecida entre el Estado y el ciudadano, sino que además rigen con validez universal y en todas las direcciones. Estos derechos fundamentales imponen determinados parámetros al Estado y a la sociedad.

Las consecuencias acaecidas por este efecto de irradiación se reflejan en las relaciones privadas entabladas entre los individuos, por lo que los derechos fundamentales tienen efectos frente a los particulares y no solamente frente al Estado. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales está encaminada a los valores de la sociedad en general y su propia existencia legitima la existencia misma del Estado, el cual debe hacer efectivo y dar cumplimiento al contenido de estos derechos.

Las exigencias para el cumplimiento y protección de los derechos fundamentales llegan tanto al legislador, la administración pública y los jueces, acorde al ámbito de acción de cada uno. Este deber genera un derecho de protección, o sea, la potestad subjetiva que posee el titular del derecho fundamental frente al Estado y la obligación de este último de protegerlo frente a la intervención de terceros.

Se plantea que, al constituir los derechos fundamentales valores claves en el ordenamiento jurídico, estos tienen efectos en todo el sistema jurídico y las relaciones entre particulares. Ello significa que el poder público se relaciona a los derechos de dos formas, la primera hacia un sentido tradicional abstencionista de no afectar la esfera jurídica protegida por los derechos, y la segunda en su dimensión objetiva, la cual defiende el disfrute de los derechos en condiciones reales y en todos los sectores del sistema jurídico.

La dimensión objetiva defiende, además, la aplicación directa de los derechos fundamentales, los cuales no tienen necesidad de que su desarrollo dependa exclusivamente del poder legislativo, como una imposición imprescindible para lograr una efectiva aplicación por parte de los operadores jurídicos. El reconocimiento de los derechos en la Constitución posibilita que formen parte del ordenamiento jurídico y, la aplicación directa solo conlleva la aplicación de excepciones que imponga el propio texto constitucional o la naturaleza misma de los derechos.

El poder judicial tiene la facultad de aplicar directamente los derechos reconocidos en la norma constitucional para la resolución de casos concretos. Por este motivo, si los derechos carecen de desarrollo legal, el poder judicial puede aplicar directamente lo establecido en la normativa constitucional. Existe una relación positiva entre los derechos fundamentales y el poder público que se traduce en la obligación de proteger, hacer efectivo y dar cumplimiento a estos, con el fin de que puedan tener vigencia en la vida privada y las relaciones sociales.

Todo ello pone de manifiesto la importancia de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su vital aplicación concordada y sistemática a partir de la Constitución potenciando la racionalidad para disminuir la complejidad de la aplicación de estos derechos.

1.6. Escisión de la protección de los derechos en el ámbito público y privado.

En el transcurso de los años se evidencia una ruptura en la protección de los derechos fundamentales, dígase los principios de igualdad y libertad entre los ámbitos público y privado, con la existencia de un influjo de derechos fundamentales respecto

al derecho privado a partir de la Revolución francesa y la concepción ideológica de la teoría del Estado.²²

Muestra de ello es la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en que no se hacía alusión exclusivamente a las intervenciones estatales, sino que se criticaban los privilegios corporativos, del clérigo y aquellas prerrogativas en materia social y económica en el derecho privado. Dicho documento demostró la importancia de la realización de los derechos de igualdad y libertad en el ámbito privado, y la importancia de hacerle frente a los gravámenes personales que quedaban del derecho feudal.²³

No obstante Francia impulsó el desarrollo de las relaciones de derecho privado entre los particulares al margen de las discrepancias generales latentes en ese periodo respecto a la libertad. La ley precursora del impulso de este tipo de vínculos fue el Código Napoleónico, garante de la autonomía privada. Es a partir de estos sucesos que se origina la escisión entre las libertades públicas y las privadas, por la creación de órdenes diferentes. El primero de ellos, dirigido por las declaraciones de derechos, que se encargaba de la regulación de los lazos existentes entre el Estado y los individuos y, el segundo, regido por un código legal que constituyó la regla fundamental para las vinculaciones entre los particulares.

Todo este proceso de ruptura que tuvo influencia de la Declaración francesa sobre los derechos fundamentales y a su vez recoge la concepción pluridimensional de la libertad ha demostrado que las relaciones de derecho privado entre los individuos son resueltas con la tendencia decreciente en la manifestación de la perspectiva general de la libertad y los derechos fundamentales, aspectos que se derivan del positivismo jurídico y las codificaciones del propio derecho privado que respaldan y rigen, la libertad y la igualdad; todo ello tomando en consideración las condiciones de la época.²⁴

²² Estrada, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001).

²³ Molina, Carlos y Álvarez, Mario, *Derecho Constitucional General*, (Medellín: Universidad de Medellín, 2006).

²⁴ Starck, Christian, *Derechos fundamentales y Derecho Privado*, (Madrid: Alianza Editorial, 2005).

La quiebra entre el derecho público y privado en materia de derechos fundamentales se evidencia en la normativa desde el punto de vista que el Código civil representa el estatuto fundamental que media las relaciones en la sociedad civil inspirado en la autonomía, igualdad y generalidad; y la norma constitucional es el estatuto organizador del Estado.

La separación de la regulación de las libertades tanto en el orden público como en el privado, se consolida de forma definitiva, por la construcción jurídica de los derechos, a partir de las corrientes impulsadas por la Escuela de Derecho Público alemán, a mediados del Siglo XIX; esta institución fue fiel exponente del positivismo y formalismo jurídico.

A causa de esto, el derecho privado se manifestará como un sistema de facultades jurídicas que tiene como base la autonomía de la voluntad. En el caso del derecho público se tendrá un sistema de facultades que dotarán de una subjetividad a los derechos procedentes de los antiguos derechos naturales. Esto va a actuar como límite al poder del Estado.

Una vez analizado el carácter público de los derechos fundamentales se aprecia que este deriva de la naturaleza de concesión estatal. Por supuesto que de ello no nace contradicción alguna, debido a que el Estado es capaz de trazar una frontera entre sí mismo y la personalidad de sus súbditos, o sea que existe un reconocimiento de una esfera individual de actuación del Estado, que se sustrae, en principio, a la autoridad de este. Ello significa que la actuación que realiza el Estado es reducir negativamente su campo de acción, en pos de la realización de acciones positivas en interés del individuo.

En el siglo XIX y primera mitad del siglo XX se destaca la Constitución alemana o Constitución de Weimar, en cuyo texto se garantizaba la protección de los derechos fundamentales frente al poder del Estado. No obstante, se reconocían dos excepciones en la protección de estos derechos referentes a la libertad de expresión y a la libertad de asociación, donde su regulación y protección iba dirigida contra los poderes sociales y no los estatales. Los derechos fundamentales fueron reconocidos como garantías subjetivas de libertad, frente al poder del Estado; al respecto Hesse manifestó lo siguiente:

Los derechos fundamentales eran una manifestación, realizada de forma casuística, del principio de legalidad de la Administración, o eran considerados como expresión del derecho a la libertad frente a cualquier coerción que no se ajustara al principio de legalidad.²⁵

En años posteriores se aprobó la Ley Fundamental de Bonn, norma rectora del ordenamiento jurídico alemán, allí los derechos fundamentales se conciben como derechos de defensa, según los parámetros establecidos por la concepción liberal del Derecho. En ambas normas se ponen de manifiesto concepciones diferentes en el tratamiento de los derechos fundamentales. En la primera, los derechos fundamentales solo eran válidos en el ámbito de las leyes y, en la segunda, la ley solo es válida en el ámbito de los derechos fundamentales.²⁶

1.7. Las garantías constitucionales

1.7.1. Concepto

El concepto de garantías constitucionales resulta difícil de definir, en vista de que puede ser interpretado de diferentes formas, producto de las disímiles maneras en las que se puede concebir la estructura constitucional, sin embargo, es posible señalar que las garantías constitucionales son las que dan seguridad jurídica al derecho constitucional, lo que en jurisprudencia es conocido como certeza del derecho. El Estado es su máximo exponente, además que es el encargado de proveer un ambiente de seguridad jurídica que en otras palabras es ofrecer la garantía a las personas por parte del Estado de que sus derechos, su integridad y bienes no serán violentados y que, si fuere el caso de que esto sucediera, cuentan con la garantía de que el Estado los protegerá y reparará los daños sufridos.²⁷

Al considerar esta concepción, la garantía involucra seguridad, un término que ha sido utilizado por la mayoría de los Estados en sus normativas legales, como medio para confirmar las acciones ejecutadas por gobiernos democráticos y también dictatoriales, que en un momento violaron de alguna forma los derechos fundamentales de los individuos. Así, en la historia del mundo existe evidencia de graves quebrantos

²⁵ Hesse, Konrad, *Manual de Derecho Constitucional*, (México, DF: Marcial Pons, 2009), 86.

²⁶ Bockenforde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*.

²⁷ Beltrán, Gambier, *Índice para la seguridad jurídica*, (Revista Fórum, 2008), 15-20.

a este principio, por esa razón es indispensable que se establezca en la norma constitucional este tipo de principios; a los que todos los ciudadanos de una nación deben acogerse, sin importar su condición política, social, económica o cultural.

Las garantías constitucionales o individuales para Guillermo Cabanellas son un “Conjunto de declaraciones, medios y recursos con que los textos constitucionales aseguran a todos los individuos o ciudadanos el disfrute y ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen”.²⁸ Carolina Silva Portero señala que:

El término garantía responde a dos características concretas. En primer lugar, es de naturaleza procesal, en segundo lugar su fin es hacer efectivo el ejercicio de los derechos fundamentales. Una garantía es entonces todo mecanismo para hacer efectivo un derecho.²⁹

A partir de lo expuesto, se establece que las garantías constitucionales son un tipo de herramienta jurídica que busca proteger y amparar los derechos establecidos en favor de los ciudadanos. Estas garantías constituyen mecanismos que se establecen en las Cartas Políticas con el fin de prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho reconocido en la misma Constitución, siendo ellas otro de los elementos fundamentales aportados por el constitucionalismo social, igualitario o democrático.

La consagración de los derechos fundamentales en las constituciones (constitucionalismo liberal) fue un momento importante en el proceso histórico encaminado al reconocimiento y a la efectiva protección de los derechos de las personas, sin embargo, este reconocimiento no es condición suficiente para asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales.

Las constituciones, si bien reconocen derechos, por lo general delegaban su regulación a la ley ordinaria. Conforme señala García, eran consideradas “más que una norma jurídica, como un programa político, una declaración de intenciones, una

²⁸ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, (Buenos Aires: Heliasta, 2010), 194.

²⁹ Silva, Carolina, *La función de la acción por incumplimiento como garantía jurisdiccional del ordenamiento jurídico*, (Quito: Universidad San Francisco, 2010), 32.

declaración retórica o, a lo sumo, una declaración programática que no resulta directamente aplicable”³⁰.

El reconocimiento constitucional de derechos fundamentales y su remisión a la ley conllevaba en algunos casos algunas dificultades para la protección de estos y en otros su total desconocimiento puesto que el órgano legislador regulaba con mayor frecuencia los temas económicos y políticos, relegando el tratamiento de leyes en el campo de los derechos humanos.

Lo que llevó a la clara convicción de que “el solo reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales no es suficiente si no va acompañado de garantías que aseguren la efectividad del libre ejercicio de tales derechos”³¹.

Al respecto, Vid. M Dran, citado por García manifestó: “es tan extrema su fragilidad y tan constante su evolución, que las libertades públicas precisan ejercerse y un sistema de protección particularmente eficaz, ya que las libertades no valen en la práctica más que lo que valen sus garantías”, por otra parte, Ihering, citado por García manifiesta que “la protección de los derechos humanos resulta ser la poesía del derecho”.³²

Por lo que podemos concluir que la efectividad de los derechos fundamentales depende tanto de su reconocimiento constitucional, como de la existencia de mecanismos susceptibles de garantizar en la práctica su eficacia real. Peces-Barba, al respecto señala:

Para que la filosofía de los derechos humanos se convierta en derecho positivo vigente es preciso que una norma jurídica normalmente con rango constitucional o de ley los reconozca, que de esa manera derive la posibilidad de atribuirse el derecho fundamental como derecho positivo y, por último, que las infracciones de esa norma es decir la vulneración del derecho faculden al titular del derecho para acudir, solicitando su protección o restablecimiento, a los tribunales.³³

Las garantías de los derechos fundamentales vienen a ser parte integrante de los mismos, un todo, “el complemento imprescindible para hacer posible el transito

³⁰ García, Joaquín, *La protección judicial de los derechos fundamentales* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1994), 32.

³¹ *Ibid.* 35.

³² *Ibid.* 36.

³³ Peces Barba, Gregorio, *Derechos Fundamentales* (Madrid: Editado por Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1988).

que media desde su reconocimiento constitucional hasta su real eficacia jurídica en las relaciones humanas”.³⁴

1.7.2. Garantías constitucionales en Ecuador

Las garantías están definidas en el marco legal que integra la norma constitucional, ubicándose con base en la pirámide de Kelsen en el rango superior de la legislación ecuatoriana, razón por la cual posee carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento en todo el ámbito jurídico del Ecuador.

Cabe señalar que al momento de referirse correctamente a instituciones jurídicas del país existe un inconveniente producto del uso que se da a los términos jurídicos puesto que concurren referencias que definen a estas instituciones como derechos y otras como garantías, lo que las hace ver como equivalentes. Sin embargo, su sentido difiere, por esta razón es preciso aclarar esas diferencias.

Los derechos cuentan con contenido propio y son inherentes a las personas y a su accionar, en tanto que las garantías representan un recurso o procedimiento formal que el Estado a través de la Carta Magna o las leyes dicta para cumplir y hacer cumplir con los derechos. Es decir, los derechos preceden al Estado, mientras que las garantías son creadas por éste.³⁵

A partir de lo cual las garantías constitucionales pueden ser vistas como instrumentos o mecanismos que la Constitución aprobada por referéndum pone a disposición de las personas y de la población para que defiendan sus derechos y libertades, denuncien en caso de sentirse amenazados y así eviten que sus derechos sean violentados y, si fuera el caso, que los derechos hayan sido violados demandar su reparación.

A través de la historia, los ciudadanos han luchado porque las garantías de sus derechos sean definidas en una Carta Magna que respete la autonomía de poderes y el compromiso por parte de la administración pública de ser responsable de sus acciones, velando por el derecho que posee toda persona de contar con un abogado y un sistema

³⁴ García, Joaquín. *La protección judicial de los derechos fundamentales*. Vol. 1, (Valencia: Tirant lo Blanch, 1994).

³⁵ Hernández, Roberto, *Derecho Constitucional*, (Guayaquil: Edino, 2011).

policial debidamente regulado. Todas estas características deben estar presentes en un Estado constitucional debido a que la aplicación de estas otorga el respeto por los derechos y principios constitucionales y el reconocimiento de un régimen de justicia tanto a nivel nacional como internacional.

La interpretación de las garantías constitucionales en el Ecuador ha evolucionado; así, desde la Constitución de 1951 se instituye el derecho de petición como garantía, con la finalidad de que los ciudadanos ejerzan y exijan sus derechos.

La norma constitucional de 1967 es considerada la más progresista en este sentido, debido a que precautela los derechos humanos, la equidad de todas las personas y se menciona por primera vez la responsabilidad de que todo funcionario debe vigilar que sus actos no violen los derechos constitucionales; además, incluye el derecho a la información, al amparo jurisdiccional y el hábeas corpus. En la Constitución de 1998 se conceptualiza sistemáticamente el amparo como garantía constitucional.

Es pertinente tomar en cuenta que en 1948 Ecuador suscribió la Carta de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos, cuyos principios no se incorporaron antes de 1967 en la Constitución, en la que se definió las garantías constitucionales de los individuos de forma clara, en vista de que las cartas magnas anteriores de forma general fueron el resultado de la copia de las instauradas en otros países, como el caso de la Constitución de 1830 que fue una reproducción de la norma suprema de Colombia y fue la que inició la República de Ecuador.

Fue precisamente a partir del texto constitucional de 1830 que se dio inicio al respeto de los derechos de los individuos, la Constitución de 1845 incorporó en su texto el hábeas corpus, la de 1861 instauró el voto directo de la población del Estado, la norma constitucional de 1869 restringió la libertad de culto, la de 1878 estableció el derecho a la educación, la de 1883 mantuvo los mismos lineamientos de su antecesora, la de 1896 aludió la oposición a la iglesia católica, amparando la libertad de expresión, la de 1906 se ratificó la posición frente a la iglesia católica establecida en la anterior, la de 1929 incorporó a su texto los derechos sociales de los individuos.³⁶

³⁶ Baquerizo, Jorge, *Acción de Protección*, (Revista Jurídica, 2010), 18-9.

Al reconocer el recurso de hábeas corpus como una institución jurídica, la de 1945 creó el Tribunal de Garantías Constitucionales, la de 1946 reconoció el derecho de los padres a dar educación a sus hijos, la de 1967 instituyó la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la de 1978 regresó al Estado al modelo democrático, se destacó porque en su articulado se plasmó la protección de los derechos fundamentales, sin embargo, no se definieron exactamente, por lo que dio lugar a confusiones en relación a los derechos ciudadanos.³⁷

Si bien en las diferentes constituciones que se han generado en la historia republicana del país existe una evolución de las garantías constitucionales con relación a los derechos humanos, en realidad no se ve plasmada la voluntad política de incorporar en su articulado la protección al ser humano.³⁸ No estuvieron plenamente tomados en cuenta los derechos establecidos en la carta de las Naciones Unidas, lo que no fueron metódicamente ordenados y tampoco respetados, producto de la inestabilidad política que ha prevalecido en la historia del Ecuador, lo que también generó inestabilidad jurídica, en un ambiente en el cual la fuerza de la ideología que sostenían los diferentes partidos políticos, esto primaba sobre los intereses comunes. Es en la Constitución de 1998 que por primera vez se reconocieron los derechos humanos, vistos desde una perspectiva social, política y económica.³⁹

En esta Carta Magna se ubican en el mismo nivel jerárquico los derechos civiles, económicos, políticos, culturales, sociales y los derechos colectivos, en ella se estableció la no prescripción de los crímenes de lesa humanidad, incluyéndose la tortura, genocidio y desaparición forzosa de individuos; se diferencia a los grupos vulnerables, entre ellos: mujeres, niños, personas de la tercera edad, refugiados, migrantes, extranjeros y personas con discapacidad.

En este texto constitucional se instituyen metódicamente las garantías de los derechos humanos, destacando el hábeas corpus o garantía de libertad, el hábeas data o garantía de la honra y el buen nombre, el amparo constitucional, la incorporación de

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ *Ibíd.*

la Defensoría del Pueblo como una institución que vela por la protección de los derechos fundamentales.

Con base en lo expuesto, la inclusión de las garantías en el marco constitucional no fue tarea fácil debido a que algunos sectores políticos representados por la derecha trataron de incluir leyes secundarias con el fin de limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, fundamentalmente aquellos que involucraban a los funcionarios públicos. Todo esto provocó la reforma del Art. 160 del Código de Procedimiento Penal en donde se afianza la figura de prisión con la finalidad de impedir que los sospechosos de delitos penales sean liberados amparándose en lo establecido en la Constitución, sin embargo, esta reforma violaba el principio de supremacía constitucional, apenas en octubre de 2006 el Tribunal Constitucional dictaminó como inconstitucional esta reforma.⁴⁰

Es a partir de la Constitución del 2008 en donde se establece al Estado como garante y protector de los derechos colectivos y ambientales, cambiando sus prioridades individuales como Estado y reconociendo las generales, basándose en principios del buen vivir practicados como filosofía en las comunidades ancestrales en las que la ejecución de dicha filosofía está dirigida a encauzar las políticas hacia el bien común⁴¹.

1.7.3. Marco Jurídico Ecuatoriano

En la Constitución del año 2008 en Ecuador se estableció un nuevo orden constitucional y producto de ello un nuevo sistema jurídico en donde las leyes se adecuan a los principios establecidos en ella. En cumplimiento a este mandato la Asamblea Nacional ha trabajado tanto elaborando leyes como reformándolas para que cumplan y estén acorde al marco constitucional, por esta razón todas las actuaciones del Estado deben estar vinculadas a ser garante de que la acción de protección sea ejercida de manera eficaz y efectiva, protegiendo la aplicación de los derechos que tienen todos los ciudadanos de tener acceso a la justicia, de no sufrir indefensión, el

⁴⁰ Terán, Henry, *La administración de justicia constitucional en manos de jueces ordinarios*, (Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil, 2009), 5-7.

⁴¹ *Ibíd.*

derecho a la motivación o a la razonabilidad del proceso, el derecho a recurrir, el derecho a la ejecución de la sentencia y el derecho a un proceso rápido y expedito.

Derecho a un proceso rápido y expedito: celeridad

La acción de protección es “una garantía jurisdiccional cuya finalidad es asegurar el amparo inmediato y eficaz de los derechos que reconoce la Constitución cuando exista vulneración de estos”⁴². Uno de los elementos que aseguran su inmediatez es la celeridad con la que se tramita un proceso de acción de protección ante los diferentes estrados judiciales. El proceso de ejecución de esta acción debe desarrollarse en un marco informal, sencillo y rápido, para ello se prevé la oralidad de todas sus fases e instancias, propendiendo a que las notificaciones se realicen por medios eficaces que estén al alcance del juzgador⁴³, sin aplicar normas procesales que retarden el ágil despacho de la causa, corroborándose la materialización de la rapidez e informalidad con la que deben ser atendidos estos procesos.

En relación con lo antes expuesto y contrariamente al presupuesto de celeridad, oralidad e inmediatez establecido en la Constitución⁴⁴, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha previsto que algunas actuaciones procesales deban reducirse a escrito⁴⁵; entre ellas se encuentra la demanda de la garantía específica y la contestación a la misma, lo cual implica una exigencia o formalismo contrario al espíritu constitucional.

Derecho de acceso a la justicia

En toda Constitución se prevé la prohibición de cualquier forma de denegación de justicia. En este sentido, todo derecho debe poder hacerse valer en un proceso ante un órgano judicial. De esta manera, el derecho en cuestión se configura como derecho a la jurisdicción cuyo contenido es el de lograr que órganos judiciales den una respuesta a todas las pretensiones. La existencia de este derecho es de vital importancia en un Estado constitucional de derechos puesto que de nada serviría el reconocimiento de estos si las personas no fueran aseguradas mediante la configuración de la libertad

⁴² Storini C, Navas M, La acción de protección en Ecuador. Realidad jurídica y social. Quito: Nuevo derecho ecuatoriano 3, 2013.

⁴³ Artículo 8 de la LOGJCC.

⁴⁴ Artículo 86 de La Constitución de la República del Ecuador

⁴⁵ Artículo 8, numeral 2 y artículo 10 de la LOGJCC.

de acudir a los órganos jurisdiccionales para la protección de ellos en caso de ser violados.

Desde un punto de vista más amplio este derecho implica el acceso al juez, al tribunal, al órgano jurisdiccional para presentar las pretensiones procesales por medio de las acciones que concibe la ley y así garantizar la existencia de una tutela judicial efectiva de derechos. Tal como lo establece la Corte Constitucional de transición, el acceso a la justicia:

implica la posibilidad de que cualquier persona pueda acudir a los órganos jurisdiccionales sin limitaciones y exigir la resolución de una controversia de acuerdo con las pretensiones formuladas. Este derecho tiene íntima relación con el derecho subjetivo de la acción, mediante el cual, acudimos a los órganos de justicia para obtener la tutela del Estado.⁴⁶

Sin embargo, el Artículo 86, numeral 2 de la Constitución establece que “será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos”, esta estipulación puede afectar negativamente la eficacia de la acción de protección puesto que aun siendo cierto que todos los derechos son constitucionales cada uno de ellos puede reconducirse a un determinado ámbito competencial y ello implicará que, por ejemplo, un juez de la niñez pueda tener que resolver asuntos fiscales o que un juez de tránsito deba ocuparse de la garantía de un derecho inherente al ámbito laboral.

Por las razones antes expuestas se determina que la acción de protección es articulada como un procedimiento establecido con un fin específico y la utilización de él es procedente solo cuando se produce la lesión de derechos, en consecuencia, la inadmisión del recurso será una consecuencia lógica si el acto no está fundamentado en una violación directa de un derecho, por esta razón la Constitución en su Artículo 88 establece que:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y, podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona

⁴⁶ Sentencia n.º 014-10-SCN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador

particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o por concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.⁴⁷

Una lectura literal de la norma constitucional señala que el objeto esencial de la acción de protección, desde un punto de vista estrictamente constitucional, es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución; en consecuencia y de inicio nos queda absolutamente claro que no se trata de una garantía excepcional en el sentido de residual, subsidiaria. Esto significa que en Ecuador cada proceso, el constitucional y el ordinario, tendrán su propia naturaleza, su propio ámbito de protección y su propia finalidad, y será la justicia constitucional y ordinaria la que determinará las circunstancias concretas bajo las cuales cada uno de ellos debe operar.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), artículos 40 y 42, establece una serie de presupuestos bajo los cuales una acción de protección debe ser inadmitida, lo que implica la necesidad de tratar de establecer si los mismos guardan coherencia con lo previsto en el artículo 88 de la Constitución de la República y si se trata de reglas regulativas o restrictivas.

El artículo 40 de la LOGJCC establece que la acción podrá presentarse cuando concurren los siguientes requisitos: 1) Violación de un derecho constitucional; 2) Acción u omisión de autoridad o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; 3) Inexistencia de otro mecanismo de defensa jurídica adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. Por otro lado, el artículo 42 de la LOGJCC, respecto de la improcedencia de la acción, señala que la garantía es improcedente: 1) Cuando de los hechos no se desprenda que exista una violación de derechos constitucionales; 2) Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que en tales actos se deriven daños susceptibles de reparación; 3) Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de un derecho; 4) Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestra que la vía no fuere adecuada ni eficaz; 5) Cuando la presentación del accionante sea la declaración de un derecho.

En ambos casos, la resolución deberá producirse mediante un auto, para permitir al juez exponer las razones de su decisión.

⁴⁷ Artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador

1.7.4. Garantías en el Estado de Derecho

El surgimiento de los Estados modernos dio inicio a los Estados resguardados por políticas de derecho. En el caso de Ecuador, se visualiza un Estado que además de acoger la figura de Estado de derecho acoge el de “Constitucional de derechos” y justicia, en el que se protege a los sectores sociales garantizándoles salud, educación servicios básicos e infraestructura. También se incluyó un cuarto poder, dado por el Consejo de Participación Ciudadano y Control Social, que se caracteriza por permitir o viabilizar la participación del pueblo en la toma de decisiones públicas.⁴⁸

La Constitución del año 2008 acopia todos los principios relacionados con la observación de los derechos humanos establecidos en sus antecesoras, sin embargo, cabe la pregunta, ¿en qué se diferencia un Estado social de derechos con un Estado constitucional de derechos? Referente a este aspecto José Luis Cea, indica:

Puede ser que el estado constitucional equivale a una reformulación, desde sus bases hasta sus más elevados y determinantes objetivos, de lo que es el Derecho en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la Sociedad Civil en democracia y otros vectores de semejante importancia. De ese paradigma es criterio esencial la mayor independencia del Derecho con respecto a la soberanía, única manera que aquél se imponga a ésta, postulado que debe seguir en el orden jurídico interno y también, no cabe duda, en el ámbito internacional.⁴⁹

Bajo este criterio, el Estado constitucional de derechos reconoce al individuo en un nivel superior, da valor a su dignidad y establece sus derechos individuales, razón por la cual no hace falta la intermediación de la ley para que lo que está dispuesto en la Constitución pase de la teoría a la práctica, lo que deja claro que toda ley o reglamento está subordinada a la Carta Magna, sin embargo, se debe marcar una diferencia categórica con el modelo anterior, denominado Estado social de derechos.⁵⁰

A partir de ello, se instaura la supremacía constitucional, al conceder jurisdicciones exclusivas de control al Tribunal Constitucional completamente

⁴⁸ Baquerizo, *Acción de Protección*.

⁴⁹ Cea, José, *Escritos de Justicia Constitucional*, (Santiago de Chile: Planeta, 2007), 236.

⁵⁰ *Ibíd.*

diferentes de las que tiene a cargo la judicatura ordinaria, en este modelo, el magistrado constitucional no se limita a lo establecido en la ley, sino a lo dispuesto en la Constitución en lo referente a la protección de los derechos fundamentales, esta protección también aplica al poder legislativo cuando éste dictamina normas que quebrantan los derechos fundamentales⁵¹.

En la Constitución del año 2008, se encuentran los artículos 88, 89, 91, 92 93 y 94 que establecen las acciones de las garantías constitucionales, basadas en los principios de derechos humanos, lo que hace que se garantice las siguientes acciones.

- Acción de protección
- Acción de Hábeas Corpus
- Acción de acceso a la información pública
- Acción de hábeas data
- Acción por incumplimiento
- Acción extraordinaria de protección

Son precisamente estas figuras jurídicas las que elevan el contenido de la norma suprema del año 2008, lo que la hace ser una de las que más garantías proveen en la región. A continuación, se expone de forma general el alcance que tiene la protección de los derechos fundamentales de los individuos.

1.7.4.1 Acción de Hábeas Corpus

Esta protege el derecho a la libertad en caso de que exista detención arbitraria o ilegal, debido a que el único que tiene la facultad para determinarla es el magistrado del cantón en el que se halla el detenido.

En la Constitución de 1998 quien tenía la potestad de esta acción era el alcalde del cantón, lo que requirió de un profundo análisis jurídico, en vista de que se dejaron en libertad a personas que no lo merecían.

Por ello, de acuerdo con la nueva normativa, en el caso de que exista una orden de detención dictada por un juez en proceso penal, la acción de hábeas corpus debe ser

⁵¹ Ibid.

presentada ante la Corte Provincial de Justicia. Esta institución está determinada en el artículo 89 Carta Magna y establece:

La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.

Inmediatamente de interpuesta la acción, la jueza o juez convocará a una audiencia que deberá realizarse en las veinticuatro horas siguientes, en la que se deberá presentar la orden de detención con las formalidades de ley y las justificaciones de hecho y de derecho que sustenten la medida. La jueza o juez ordenará la comparecencia de la persona privada de libertad, de la autoridad a cuya orden se encuentre la persona detenida, de la defensora o defensor público y de quien la haya dispuesto o provocado, según el caso. De ser necesario, la audiencia se realizará en el lugar donde ocurra la privación de libertad.

La jueza o juez resolverá en las veinticuatro horas siguientes a la finalización de la audiencia. En caso de privación ilegítima o arbitraria, se dispondrá la libertad. La resolución que ordene la libertad se cumplirá de forma inmediata.

En caso de verificarse cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante se dispondrá la libertad de la víctima, su atención integral y especializada, y la imposición de medidas alternativas a la privación de la libertad cuando fuera aplicable.⁵²

En este mismo sentido, en el artículo 90 se dispone:

Cuando se desconozca el lugar de la privación de libertad y existan indicios sobre la intervención de algún funcionario público o cualquier otro agente del Estado, o de personas que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia, la jueza o juez deberá convocar a audiencia al máximo representante de la Policía Nacional y al ministro competente. Después de escucharlos, se adoptarán las medidas necesarias para ubicar a la persona y a los responsables de la privación de libertad.⁵³

Esta acción garantiza la libertad de los individuos, en caso de que se haya quebrantado alguno de sus derechos fundamentales, es preciso que se establezca que

⁵² *Constitución de la República del Ecuador*, Art. 89.

⁵³ *Ibíd.* Art. 90.

hay varias maneras a través de las cuales ese individuo pueda estar detenido de forma ilegal, sea por autoridades de represión legítima como policía y fiscalía, así como personas particulares en diferentes situaciones.

Es necesario que se considere que la actual Hábeas Corpus no únicamente precautela la vida de las personas, sino también su integridad física. Prevé otras formas de privación de libertad cuando sea posible aplicarse.

1.7.4.2 Acción de acceso a la información pública

Es una de las nuevas garantías que se han incorporado en la norma suprema, como se expone a continuación:

La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.⁵⁴

Si bien esta acción ha presentado resistencia por parte de los medios de comunicación, en la práctica ha resultado una técnica adecuada que permite a los ciudadanos a contar con el derecho de participación ciudadana.

Esta acción exige a las instituciones públicas o privadas que tienen bajo su dirección la administración de servicios públicos, entregar de forma inmediata la información que se requiera, con excepción de aquella que se considere susceptible y así sea definida previamente. Es la Defensoría del Pueblo la entidad que está a cargo de velar porque se cumpla esta garantía.

1.7.4.3 Acción de Hábeas data

Esta acción se refiere al derecho irrestricto respecto a la información personal, esta acción está enmarcada en el artículo 92 de la Carta Magna donde expresamente se señala:

⁵⁴ *Ibíd.* Art. 91.

Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo, tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.

Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley.

La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.

Como manifiesta Palacios, toda la producción, almacenamiento y flujo de la información personal que manejan las instituciones públicas o privadas, además de las empresas y personas en general, en el ejercicio de sus actividades, basados en los avances tecnológicos que hoy día están disponibles y a la información que estos poseen o almacena, acarrea una responsabilidad en quien detenta tal información, que puede ser susceptible de su utilización perjudicial para el titular de los datos.⁵⁵ (Palacios 2013).

Esta acción tiene el objetivo de proteger a los individuos de los abusos que pudieren sufrir en relación con el denominado poder informático, así como de los resultados que pudieren afectar su honor y buen nombre, en el caso de que la información difundida no sea verídica o real.

1.7.4.4 Acción extraordinaria de protección.

Esta acción es la que más discusión ha causado, en vista de que se trata de la que se utiliza contra sentencias o autos definidos en los que se haya vulnerado por

⁵⁵ Palacios, María, *Observatorio Iberoamericano de protección de datos en el derecho ecuatoriano*, 2013.

acción u omisión los derechos instituidos en la Carta Magna y se imponen ante la Corte Constitucional, que es el organismo de control constitucional.

Ésta tiene la potestad de rever sentencias de la Corte Nacional de Justicia, en vista de que todas las entidades están supeditadas a lo que dice la Constitución. No obstante, la discusión se produce porque se puede generar un ambiente de inseguridad jurídica derivado del gran número de recursos, lo que puede provocar que causas aparentemente cerradas sean reabiertas bajo la disculpa de que los derechos fundamentales del afectado fueron vulnerados.

Así el artículo 94 reconoce este derecho al señalar:

La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.⁵⁶

Se observa una diferencia sustancial en relación con la Constitución de 1998, en que el control constitucional únicamente involucraba las acciones del poder ejecutivo y legislativo, lo que dejaba fuera al sistema judicial. En la Constitución de Montecristi se abarcan todos los organismos públicos y privados, toda vez que se agoten todos los recursos ordinarios y extraordinarios en términos legales, a menos que la carencia de interposición de estos recursos no sea aplicable a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional que ha sido transgredido.⁵⁷

1.7.4.5 Acción por incumplimiento

De acuerdo con lo que dispone el artículo 93, esta acción garantiza el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, como se observa:

La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo

⁵⁶ *Constitución de la República del Ecuador*, Art. 94.

⁵⁷ Morán, Ciro, *Informe Acción Extraordinaria de protección*, Guayaquil, 2010.

cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.⁵⁸

Bajo el principio de no impunidad y de obediencia eficaz a las determinaciones de los órganos de justicia y la competencia que estos ostentan, el artículo 93 en este sentido prevalece sobre la aplicación de las otras normas que conforman el sistema jurídico, lo que incluye el acatamiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, en tanto que la decisión o norma contenga una obligación de hacer o no hacer legible, expresa y exigible un derecho quebrantado.

La piedra angular del constitucionalismo democrático es la Corte Constitucional, como máximo ente de interpretación, a la que se concede también la facultad para intervenir no solo en los actos de tipo jurídico, sino en aquellos que, al ser obligados a cumplir, a través de sentencia por parte de los magistrados nacionales u organismos internacionales, se estén quebrantando los derechos fundamentales por no acatarse. De esta forma se garantiza que las personas y colectividades cuenten con un verdadero derecho a un recurso efectivo que haga inmune la justicia y su derecho a la veracidad.⁵⁹

1.8. La eficacia de los derechos fundamentales *inter privados*

Si se analiza la justificación histórica de la existencia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se aprecia que existió en la doctrina un sector académico que no apoyó la existencia de esta eficacia horizontal, para lo cual se argumentaba que el surgimiento de los derechos fundamentales fue como un límite al poder del Estado y no como medios vinculantes de las relaciones entre particulares; esto último desvincularía su propia naturaleza jurídica.⁶⁰

Otros autores han desarrollado ciertos argumentos que han dejado a un lado la postura clásica antes mencionada. Se sostiene que los derechos fundamentales presentes en las declaraciones de derechos y constituciones de finales del siglo XVIII surgieron no solo con la función de limitar el poder del Estado, sino además y de una

⁵⁸ Constitución de la República del Ecuador, Art. 93.

⁵⁹ Baquerizo, Jorge, *Acción por incumplimiento*, (Guayaquil: Universidad de Especialidades Espíritu Santo, 2010).

⁶⁰ Schmitt, Carl, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, (Berlín: Duncker and Humblot, 1959).

manera fundamental, para la regulación de la vida de las personas que ingresaban en el estado de sociedad. Lo que ha prevalecido hasta la actualidad siendo la razón de la existencia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.⁶¹

En la evolución histórica de los derechos fundamentales el Estado social ha jugado un papel importante junto al rol democrático del Derecho, además de la concepción objetiva de los derechos como valores en el ordenamiento jurídico.

No obstante, ha existido una problemática en la determinación de la modalidad o el tipo de eficacia que los derechos fundamentales han de tener en el tráfico jurídico. Se han desarrollado dos teorías cuyo estudio ha demostrado que más que ser contradictorias se complementan la una a la otra; se analizarán a continuación:

1. La eficacia mediata. Teoría de la *mittelbareDrittwirkung*

Esta teoría parte de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, en la que el Estado tiene la obligación no solo de abstenerse en la intromisión de la esfera jurídica de los particulares, sino que además debe garantizar su efectividad en las relaciones entre los particulares, por lo que los derechos fundamentales se convierten en valores objetivos del ordenamiento jurídico.⁶²

Lo que propone la eficacia mediata es que la propia legislatura con base en el principio de proporcionalidad sea capaz de regular el alcance que tienen los derechos fundamentales en las relaciones públicas. En el caso de que no esté presente la figura del legislador la judicatura deberá resolver el caso concreto, tomando en cuenta la repercusión de los derechos como valores que median normas de derecho privado en las relaciones entre los particulares.

2. La eficacia inmediata. La teoría de la *unmittelbareDrittwirkung*

Contrario a la teoría de la eficacia mediata, la inmediata defiende que los derechos fundamentales no constituyen valores sino verdaderos derechos subjetivos regulados en la Constitución. Al ser derechos subjetivos los individuos ostentan la

⁶¹ Rivero, Jean, *La protection des droits de l' homme dans les rapports entre personnes privées*, (París: Pedone, 1995).

⁶² Quadra-Salcedo, Tomás, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales de las personas en las relaciones entre particulares*, (Madrid: Civitas, 2000).

facultad de exigirlos directamente frente a sus semejantes sin que sea imprescindible la mediación de un órgano estatal. Esta intervención está dirigida fundamentalmente al papel que desempeña la legislatura.

Esta teoría no está enfocada en la negación de la intervención del legislador en su tarea de configurar el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, sino que no puede negarse la existencia propia del derecho o que estos no surtan efectos entre los particulares porque no haya una ley que así lo establezca. Se defiende además que los derechos fundamentales emanan de la Constitución y no de una serie de normas que contribuyan en el desarrollo de esta.

Los defensores de esta teoría consideran que siempre que exista una norma que sea capaz de regular la eficacia de un derecho fundamental respecto a determinada relación en el ámbito privado, de suscitarse algún conflicto, este deberá ser resuelto según lo establecido en la ley. No obstante, de no haber un precepto específico que brinde una solución a un caso concreto, ese derecho fundamental que se pretende defender y que por demás se encuentra regulado en el texto constitucional se considera vinculante, o sea, es un derecho subjetivo de una parte frente a la otra.

Pues, a esto se suma la necesidad de reconocer que los derechos fundamentales tienen su desarrollo en el seno de la sociedad, por lo que afectan de manera habitual las relaciones establecidas entre los individuos, sea en el ámbito económico, laboral y de una forma general la vida social de las personas. No cobra sentido alguno hablar de garantías basadas en los principios de igualdad y libertad contra el Estado de una manera exclusiva, cuando la realidad ha demostrado que ambos principios y demás derechos fundamentales se desenvuelven y son imprescindibles en el marco de las relaciones sociales. Al respecto, el autor Naranjo de la Cruz expresó: “si las libertades no se ostentan frente a los particulares, nunca podrán ser reales, ni mucho menos efectivas”.⁶³

No obstante, frente a la existencia de ambas teorías no debe prevalecer una discusión en torno a cuál de las dos debe predominar. Se debe considerar que ambas

⁶³ Naranjo de la Cruz, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones particulares*, Boletín Oficial del Estado, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000), 201.

teorías se complementan. Al respecto, se aprecia que tanto la una como la otra concuerdan en que la ley es el mecanismo idóneo para la proyección horizontal de los derechos fundamentales y que en los supuestos donde no exista el medio legislativo se puede recurrir a la mediación judicial.

3. La postura crítica de *Schwabe*: la *Drittwirkung* como problema *Aparente*

En años posteriores surgió la teoría de *Schwabe*, la cual defendía que las cuestiones planteadas bajo la concepción de la *Drittwirkung*, estaban referidas solo a un problema aparente. Es así como consideraban que los derechos fundamentales no cambiaron la función que ostentaban desde un inicio, o sea, derechos de defensa ante el Estado y que serían aplicados solo a este, como único sujeto destinatario de sus efectos.⁶⁴

La concepción está sustentada en que cuando se suscita un conflicto de derechos fundamentales entre dos titulares no tiene por qué producirse un ámbito novedoso en su proyección, en este caso se refiere al privado, en cuanto a los efectos normativos de estos derechos. Se determina que solo se da un conflicto entre el Estado y el particular porque este al ser restablecido por el poder judicial, la violación del derecho fundamental que acaeció para la manifestación del conflicto sería atribuible en la medida que el órgano de justicia forma parte de este.

Esta teoría defiende una nueva forma de plantearse la solución de los conflictos derivados de la afectación de los derechos fundamentales, no obstante, ha recibido numerosas críticas desde el punto de vista doctrinal. En dicha concepción se reconoce que los derechos fundamentales poseerían una eficacia en las relaciones entre los particulares siempre y cuando la norma constitucional reconociese que estos derechos fuesen objeto de intervención por el poder público, empleando como herramienta los mandatos y las prohibiciones.

Como resultado de esto, ocurre un despliegue de la eficacia en función del objetivo de los derechos fundamentales como derechos subjetivos de defensa contra

⁶⁴ Pérez Luño, Antonio, *Los derechos fundamentales*, (Madrid: Tecnos, 2013).

los poderes estatales, por lo que no se tendrían particularidades en los ámbitos del derecho que respaldarían una dogmática propia y, por ello, distinta.

Es por este motivo, en la concepción de *Schwabe*, que se considera superfluo a la catalogación de los derechos fundamentales como un conjunto de valores cuyo criterio ha sido respaldado por algunos sectores de la jurisprudencia europea. Si se sigue esta línea de pensamiento se afirma que estos no desplegarían ningún efecto en los niveles del derecho privado. Ello constituye el extremo donde radica la diferencia con las tesis surgidas de la doctrina clásica, puesto que estas tienen la necesidad de construir la eficacia de los derechos frente a los particulares. En la teoría de *Schwabe* ello no sería necesario debido a que ello surgiría directamente por el simple hecho de vinculación al Estado, como consecuencia de que el andamiaje estatal, por medio del legislador y el juez, detenta la potestad de intervención en materia de derechos fundamentales, para lo cual emplea las prohibiciones y los mandatos.⁶⁵

En este sentido, se aprecia que la diferencia presente entre la postura de *Schwabe* y las teorías surgidas de la doctrina clásica es que la vinculación de los derechos fundamentales ocurrirá a través del Estado.

Siguiendo esta idea, una vez que la legislación o las decisiones emitidas por la vía judicial no reconociesen de forma correcta los derechos fundamentales de los sujetos titulares de los mismos, ello significa que el legislador y el magistrado han actuado como órganos estatales y, por tanto, intervenido. Por este motivo las obligaciones de los particulares, teniendo como base los derechos fundamentales, no contribuirían a su existencia; lo que sí prevalecería sería la vinculación del juez —tomado como órgano estatal— frente a aquellos.

Respecto a la concepción de *Schwabe* se han emitido criterios como el siguiente: “El centro de atención de esta tesis no se halla en la obligación o la carga de los particulares en base a los derechos fundamentales, sino la vinculación de las instancias judiciales a los derechos fundamentales”.⁶⁶ Lo que desde otra perspectiva significaría que el magistrado y antes el legislador, dan solución al conflicto entre

⁶⁵ Blanco, Roberto, *El valor de las Constituciones*, (Madrid: Alianza, 1998).

⁶⁶ Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, 115.

particulares por medio de su decisión; la misma implicará una intervención en los derechos fundamentales como una prohibición.

Debe aclararse que, si el magistrado no hubiese desarrollado una efectiva observación en el conflicto suscitado, ello deriva en una violación de los derechos fundamentales. Dicho esto, se aprecia que mientras el punto común en la teoría clásica de la eficacia, dígase la directa o indirecta, está en considerar que las relaciones privadas también se vinculan con los derechos, los mismos tienen como destinatarios a los particulares, en consecuencia, en la teoría de *Schwabe* el Estado es el único destinatario.

4. La tesis del deber de protección del Estado.

Esta teoría fue planteada en el ámbito del derecho constitucional por el jurista Crithian Stark y en el derecho civil por Claus Wilhem Canaris, jurista alemán considerado una de las figuras más dogmáticas en materia civil. Según los planteamientos realizados en esta concepción es deber del Estado proteger los derechos fundamentales de los individuos ante las afectaciones que, de forma eventual, provienen de otros sujetos particulares, para lo cual se emplea la legislación que regula el derecho privado. Son los magistrados competentes los que ostentan dicha responsabilidad, concepción que fue catalogada como “deber de protección”.

Es a partir de esta teoría que si en una controversia en el ámbito privado el magistrado no tuviese en cuenta los derechos fundamentales de las partes se produce una omisión del cumplimiento del deber de protección. Según lo que refiere este planteamiento la tesis *Drittwirkung* constituiría un caso particular de deber de protección del Estado. El resultado de esta concepción es que los derechos fundamentales repercuten en las relaciones jurídico-privadas por medio del derecho privado.⁶⁷

La normativa constitucional que respalda su anunciamento, por sí sola, no vincula a los derechos fundamentales; es la ley sustantiva la que se ha establecido por el legislador para la protección de los derechos fundamentales, todo ello para dar

⁶⁷ Canaris, Von Claus-Wilhelm, *Grundrechte und Privatrecht*, (Berlín: Walter de Gruyter, 1999).

cumplimiento con el deber de protección. Desde esta percepción dicho deber de protección contribuirá en el aseguramiento de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales.

Para algunos autores la afinidad del deber de protección y la eficacia indirecta radica en que su distinción solo se refiere a cuestiones de terminología y ello se debe a diversas razones. A esto se agrega que la admisión del deber de protección de los derechos fundamentales alude al carácter jurídico objetivo de las leyes que los enuncian, por lo que una de las aportaciones significativas de esta tesis es la relación que existe entre los deberes de protección y las funciones del Estado.

Es un hecho que la aceptación de estos deberes acarrea la admisión de la función que desempeña el Estado frente a los derechos fundamentales, por lo que se supera aquella concepción que los cataloga como meros derechos de defensa. Todo esto está dirigido a que prevalezca un Estado de protección que se desarrollaría en los márgenes de la evolución constitucional del Derecho.

El Tribunal Constitucional de Alemania se ha referido a esta tesis y ha apelado este tipo de argumentación por medio de su jurisprudencia. Muestra de ello es el análisis que realizó de la ley de reforma del Código penal, en la que se refiere a la punibilidad del aborto. En este análisis se catalogó de ilegal aquella disposición que establecía la eximición de la responsabilidad penal a los médicos que practicasen un aborto a la gestante, aun mediando el consentimiento de aquella, en las dos semanas posteriores a la concepción.⁶⁸

Este razonamiento se basó en que es el Estado el que posee la facultad del deber de protección en la gestación, debido a que es un bien jurídico que constitucionalmente se protege. De tal modo que la exención de la responsabilidad penal es un factor que condiciona que la ley no se haya ajustado a tal condición. Señalamos los términos utilizados por el órgano de justicia alemán sobre los cuales basó su razonamiento, estos son:

⁶⁸ Tribunal Constitucional alemán, [Análisis a la ley de reforma del Código Penal alemán], en *ST/1975*, 25 de febrero de 1975.

- El deber de protección del Estado es completo y por lo tanto no solo prohíbe las intervenciones estatales en la vida, específicamente en la gestación, sino que además ordena que el Estado debe situarse en una posición protectora y a la vez promotora de la vida. Es decir, tiene la obligación de garantizar dicha protección ante las intervenciones antijurídicas de terceros. Por este motivo los sectores individuales que forman parte del ordenamiento jurídico deben ajustarse a este mandato.
- La posición de Estado prevalece en cuanto a la protección de la vida, frente a la posición de la madre.

El jurista alemán Canaris, al respecto de lo emitido por el órgano de justicia alemán, apela citando el caso *Blinkfuer*. En este caso se desarrolla el llamado boicot, materializado por la editorial *Springer* a los comerciantes y distribuidores de revistas, cuyo propósito fue prohibir la comercialización del semanario *Blinkfuer*, y se empleó el argumento de que se había reproducido programas de televisión y radio de la entonces República Democrática de Alemania.

En ese entonces el editor de *Blinkfuer* interpuso una demanda de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados contra *Springer*, lo cual fue desestimado por el órgano de justicia alemán. Esto motivó que *Blinkfuer* utilizara el recurso de amparo ante el órgano constitucional alemán, por medio del cual invocó una lesión a la libertad de expresión. Ante esta petición el Tribunal Constitucional reconoce que la sentencia objeto de examen había omitido la protección que debía existir ante la vulneración de ese derecho fundamental.⁶⁹

En la sentencia emitida se consideró que la libertad de prensa era una institución y que la medida por medio de la cual se trató de neutralizar a los medios comunicativos y su contenido informativo no era de libre discusión en la sociedad. El medio utilizado, o sea el boicot sustentado en una coacción económica, era ilícito. El razonamiento realizado por el órgano de justicia estuvo enfocado en la actitud errónea del magistrado

⁶⁹ Sala Primera del Tribunal Constitucional Alemán, [Caso *Blinkfuer*] en *ST/1969*, 26 de febrero de 1969.

donde omitió la protección del derecho fundamental y su violación a *Blinkfuer* por parte de la editorial *Springer*.

Se advierte el interés y la importancia que le da el tribunal alemán al derecho de libertad, puesto que la cataloga como una institución y un elemento consustancial en la confrontación libre de las opiniones e ideas en todas las esferas de la sociedad. Unido a ello se demuestra que la consideración del órgano federal de justicia alemán extendió de una forma bastante amplia el llamado boicot realizado por la editorial *Springer* bajo el marco de la libertad de expresión y así sus consideraciones habían sido erróneas.

Semejante al caso *Luth*, el boicot efectuado hubiese implicado una forma de manifestación del derecho errónea. Es por este motivo que estaría bajo su ámbito de protección, siempre que existiesen las circunstancias adicionales concurrentes. Al respecto se emitió lo siguiente en la sentencia:

que se acuda a él como un medio de confrontación de opiniones en temas de carácter político, económico, social, cultural concernientes a la comunidad y que, por el contrario, no impliquen discusiones de orden particular; que la convocatoria no se sirva de medios que impliquen una toma de posición en base a mecanismos obligatorios como la posición dominante de mercado.⁷⁰

Es así como el órgano federal alemán de justicia realizó un razonamiento erróneo en el ámbito de protección del derecho fundamental y lo catalogó como un boicot, referido a que los medios utilizados no se limitan a una simple confrontación argumentativa. Además, imposibilita a los interlocutores en la toma de una decisión tomando en cuenta una completa libertad interior y sin la existencia de una presión económica.

El órgano de justicia alemán aun cuando decretara como protagonista del boicot económico a la editorial *Springer*, y que con su actuar lesione la libertad de prensa de *Blinkfuer*, esto no tendría tal exactitud debido a que este último no sería un destinatario de la norma constitucional. O sea que en caso contrario es la sentencia judicial la que hubiese afectado ese derecho fundamental. Sería una sentencia que según lo emitido

⁷⁰ Ibid. 67

no garantizaría a *Blinkfuer* ninguna protección frente al boicot relacionado con una presión económica.

La cuestión en este caso que se analiza no es que el poder judicial haya influido en la esfera de un derecho fundamental. Lo que ocurre es que el propio poder judicial ha denegado la protección jurisdiccional que le estaba impuesta por poseer un deber de protección. Esto constituye la esencia de lo planteado en la sentencia y no la de una eficacia frente a terceros respecto a los derechos fundamentales.

Al respecto se ha sostenido por algunos autores que el que convoca al boicot económico no es el que viola el derecho fundamental, sino que contra la libertad de prensa del editor *Blinkfuer*, el órgano de justicia alemán lesiona con los parámetros de su decisión, según la cual no se estaría garantizando ningún tipo de decisión contra este boicot.⁷¹

La omisión de la protección que realizó el órgano de justicia alemán lesionó el derecho fundamental de *Blinkfuer*. Si son analizados todos los términos que se han expuesto, no se halla en un principio el debate de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares. Lo que se pone de manifiesto es la conformidad o no, relacionada con el parámetro de los derechos fundamentales, además del grado de corrección de la resolución judicial desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

Al respecto, citamos el criterio expuesto por Robert Alexy: “se entendería mejor esta explicación asimilando esta circunstancia bajo lo que dicho autor denomina el derecho del ciudadano a la debida medida de los derechos fundamentales en la resolución de las controversias jurídico-privadas”.⁷²

Otra manifestación en la jurisprudencia constitucional alemana es el caso, en el que se expone la tesis de la denominada “antena parabólica”. En este caso la controversia se basa de la negativa de un arrendador hacia su arrendatario, respecto a la instalación de una antena parabólica para obtener el acceso a programas radiales y televisivos del país del cual era originario el arrendatario. En la vía judicial se

⁷¹ Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*.

⁷² Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*.

desestimó esta petición del arrendatario, puesto que se consideró que dicho dispositivo no pertenecía a los usos habituales de una vivienda arrendada, para cual se tomó en cuenta lo regulado en la normativa civil.⁷³

Al respecto el órgano constitucional alemán emitió sus consideraciones y reconoció que el Tribunal Superior no tomó en cuenta el derecho de la libertad de información que amparaba al demandante, omitió este derecho fundamental en las consideraciones emitidas de su sentencia, o sea interpuso ante un derecho fundamental cuestiones de uso de dispositivos.⁷⁴

En la sentencia apelada se obviaron los principales intereses informativos del demandante. Algunos autores han expresado que la argumentación emitida por el órgano constitucional de justicia implica dos niveles. El primero de ellos se refiere a la constatación de un mandato de protección y el segundo se relaciona con examinar si en un caso determinado se presentan los presupuestos y si la ponderación de los intereses contrapuestos puede implicar la postergación de estos mismos pertenecientes a alguna de las partes inmersas en el conflicto.⁷⁵

En los casos citados, la jurisprudencia alemana se adhiere al deber de protección, es a partir del año 2001 a raíz de un caso sobre la renuncia de pensión alimenticia que se hace mención expresa de este deber en un conflicto de naturaleza jurídico-privada. El órgano constitucional estima el recurso de amparo y al respecto de la actuación del Tribunal Superior de Justicia emite el siguiente criterio: “la sentencia objeto de amparo, ha desconocido [...] el deber de protección (Schutzpflicht) derivado del artículo 2º, párrafo 1, en concordancia con el artículo 6º, párrafo 4, de la Ley Fundamental”.⁷⁶

Al respecto el Tribunal Constitucional elabora un argumento donde explana el interés de las decisiones:

⁷³ Berlin, *Código Civil Alemán*, [1900] Parlamento del Reich: Ediciones Legales, Art. 242, 535-6.

⁷⁴ Tribunal Constitucional Alemán, [Caso antena parabólica], 9 de febrero de 1994.

⁷⁵ Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*.

⁷⁶ Tribunal Constitucional Alemán, [Renuncia de Pensión Alimenticia], en *ST/001*, 6 de febrero de 2001, 23.

Los derechos fundamentales desenvuelven su eficacia en el tráfico jurídico privado como decisiones valorativas constitucionales por medio de las disposiciones que dominan inmediatamente las respectivas ramas del derecho, así, sobre todo, a través de las cláusulas generales del derecho civil.⁷⁷

En este sentido, es obligación del Estado proteger los derechos fundamentales de los particulares y de sus posibles lesiones materializadas por terceros. A esto se agrega el deber de los órganos de justicia de garantizar la protección de ese derecho fundamental, empleando las herramientas de interpretación y aplicación del derecho en cada caso en particular.

De los juicios y ponderaciones referentes a los derechos fundamentales, así como las relaciones que llegan a establecerse entre ellos, el órgano constitucional alemán tiene la potestad de oponerse solo en el caso de que la decisión que se impugna posea errores interpretativos que toman como base una concepción errada del derecho fundamental sobre su propio significado. Un punto de vista específico al respecto es el alcance que tienen estos derechos en su ámbito de protección y que es relevante e importante en lo que respecta a su significado material para un caso jurídico determinado.

Sobre la tesis del deber de protección se ha destacado que es una forma apropiada de explicar los efectos que tienen los derechos fundamentales en el marco del ordenamiento jurídico privado. Otra contribución significativa de esta postura es su incidencia en la función de la resolución de este tipo de controversias, donde prevalece el principio de proporcionalidad y el criterio de desprotección del derecho, todo ello relacionado con la determinación del incumplimiento de un mandato de protección.

De lo analizado, se afirma que, la diferencia entre la tesis del deber de protección con la teoría de *Schwabe* es que la primera reconoce solo la función de defensa de los derechos fundamentales, mientras que la segunda supone que los derechos fundamentales no solo ostentan una función de defensa sino también una protección activa. Ambas concepciones también tienen un punto en común y es que

⁷⁷ *Ibíd.* 34.

solo consideran al Estado como garante del cumplimiento de los derechos fundamentales.

1.8.1. Tratamiento de los derechos fundamentales *inter privados* en otros ordenamientos jurídicos

1.8.1.1 España

En la Constitución española no se establece un artículo específico donde se reconozca claramente la eficacia horizontal de los derechos entre los particulares, pero no obstante el Tribunal Constitucional español la ha reconocido a través de sus sentencias.

En este sentido, algunos estudiosos de la norma constitucional española son partidarios respecto a la existencia de evidencia suficiente que respalde la defensa de que estos derechos son susceptibles de ser aplicados en las relaciones particulares, todo en la medida que encierra el propio significado de los derechos fundamentales.

El Artículo 1.1 de la Constitución española menciona la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, catalogándolos como valores superiores que rigen todo el ordenamiento jurídico español. Ello guarda una estrecha relación con la dimensión objetiva de los derechos.

A esto se agrega lo dispuesto en el Artículo 9, el cual sujeta a los ciudadanos y a los poderes que ostenta el Estado a la observancia de la norma constitucional y por supuesto del resto del ordenamiento jurídico. Igualmente, señala la Constitución española, que los derechos no sólo constituyen límites al poder del Estado, sino que establecen ciertas condiciones para que los principios de igualdad y libertad entre los individuos sean reales y efectivos.⁷⁸

En el Art. 10.1 de la Constitución española se establece lo siguiente: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.⁷⁹

⁷⁸ Constitución española, [1978] Art.9.2, ([Madrid]: Congreso de Diputados, sf).

⁷⁹ *Ibíd.*, Art. 10.1.

Lo expuesto en la norma constitucional demuestra el reconocimiento de ciertos valores que son el sustento del orden social y político de la nación ibérica. Existe un reconocimiento de determinados derechos que también juegan un papel importante en las relaciones entre los particulares tales como el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen.⁸⁰

Las regulaciones que contempla la Constitución española respecto a las garantías de protección de los derechos fundamentales están referidas a su vinculación con los poderes públicos del Estado.⁸¹

Esta forma de regular las garantías de protección en el texto constitucional es una expresión clara de que los derechos fundamentales son ostentados solamente frente al Estado y por tanto no pueden ser invocados ilícitamente para romper con el marco normativo y contractual de las relaciones jurídicas en el ámbito público.

Sin embargo, no puede considerarse dicho artículo exclusivamente a las violaciones de los derechos cometidos por los poderes públicos, puesto que no existe una base textual en la que solo se detenten los derechos a favor del Estado. Además, la omisión respecto a cualquier referencia de los sujetos particulares no tiene ningún efecto excluyente de las relaciones establecidas entre estos sujetos. De tal manera se concibe que el texto constitucional español es capaz de proporcionar argumentos suficientes por los que se puede aceptar la existencia y vigencia de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares en ordenamiento jurídico de ese país.

1.8.1.2 Alemania

Según los criterios de Ingo Von Much, la idea de la *Dritwirkung* de los derechos fundamentales es una creación de la ciencia jurídica en Alemania, surgida a raíz de los años 50 del siglo XX, debido fundamentalmente a la experiencia histórica del régimen de Hitler. Durante este periodo se vulneraban diariamente de forma masiva los derechos fundamentales de las personas. Esto provocó que la constitucionalidad

⁸⁰ Ibid. Art.53.

⁸¹ Ibid.

alemana, a partir de 1945, se dedicara con especial interés a atender los derechos fundamentales, aprovechando que esta dogmática estaba de moda.⁸²

Como resultado de la injerencia del poder público en el ámbito de libertad y dignidad de los participantes, durante el periodo nacional-socialista, la ley fundamental de Bonn adoptó el concepto liberal-burgués de derechos fundamentales, configurando un catálogo de derechos, lo que significaba un regreso a los métodos clásicos que fueron adoptados además por la Constitución de Weimar.⁸³

Esta ley estableció que los derechos fundamentales estaban vinculados al poder público, según el artículo 1.3 y previo al derecho de las personas por los poderes públicos, como consta en el artículo 19.4, considerando además que los recursos de amparo que son de conocimiento del Tribunal Constitucional Federal, pueden ser interpuestos por cualquiera que sea lesionado “por los poderes públicos en alguno de sus derechos fundamentales”.⁸⁴

Esto significó que más adelante se identificaran las insuficiencias de este modelo, para satisfacer las exigencias sociales en la segunda mitad del siglo y concretamente del Estado social y democrático de derecho, que pretendían configurar las constituciones de la postguerra.

Conforme al Art.3.2 de la Ley fundamental de Bonn, hombres y mujeres son iguales en derecho. Así el Art. 117.1, ubicado en el capítulo correspondiente a las cláusulas transitorias y finales, establecía que toda la legislación que contraviniera el mandato de igualdad de los hombres y mujeres establecido en el Art. 3.2, solo seguiría vigente hasta que fuera adaptada a dicho precepto constitucional, fijando como fecha límite para dicha adaptación la fecha de marzo de 1953.

Sin embargo, llegada esta fecha, la adaptación no había tenido lugar en cuestiones como las de igualdad salarial o del derecho de la familia puesto que se

⁸² Von Münch, *La dignidad del hombre en el derecho constitucional* (España: revista española de derecho constitucional 1982)

⁸³ *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, Alemania 23 mayo 1949 Consejo Parlamentario

⁸⁴ Bonn, *Ley Básica para la República Federal de Alemania*, [1949] Parlamento del Reich: Ediciones Legales, Art. 93.1.4.

seguía estableciendo la primacía masculina. Fue hasta el año 1957 que se promulgó la Ley de igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

En estas circunstancias surgió una polémica entre quienes consideraban que la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico – privadas debía ser directa puesto que derivaba de modo inmediato de la ley fundamental; por otro lado quienes afirmaban que debía ser una eficacia mediata a través del influjo de los preceptos constitucionales en la interpretación de la legislación vigente y por último los que negaban la eficacia, siendo esta última la postura donde se encontraban la mayor parte de la doctrina iusprivatista.

Con relación al derecho de familia, el Tribunal Constitucional Federal, ante la cuestión planteada, dejó a los tribunales civiles la tarea de crear un nuevo derecho de familia, en virtud del principio de igualdad de sexos, según se planteaba en el Art. 3.2, una vez vencido el término fijado en el Art. 117.1 de la Ley Fundamental y hasta que el legislador estableciera una nueva legislación, entendiendo que esta función no estaba en contradicción con la distribución de funciones entre el poder legislativo y el judicial.⁸⁵

Posteriormente en una sentencia, de fecha 5 de mayo de 1957, el Tribunal Laboral Federal estimó la demanda de una joven que trabajaba en un hospital privado para formarse como enfermera. Sin embargo, se establecía que el contrato de trabajo y su formación preveía que, en caso de matrimonio, el empresario podría extinguir la relación laboral y de formación.⁸⁶

Según esta cláusula contractual, la demandante fue despedida tras contraer matrimonio, alegándose en la demanda que el despido vulneraba los derechos fundamentales previstos en el artículo 6.1 de la protección del matrimonio y la familia, la dignidad de la persona (Artículo.1.1) y el libre desarrollo de la personalidad (Artículo. 2.1) recogidos en la Ley fundamental de Bonn. La sentencia declaró nula la cláusula contractual en cuestión por vulnerar los derechos fundamentales invocados en la demanda.

⁸⁵ Ekkehart, Stein, *Derecho Político*, (Berlín: Derecho, 2013).

⁸⁶ Castillo, Fernando y López, Julian, “Las Garantías de los Derechos Sociales”, *Internacional Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 19, (Bogotá: julio 2011) 15.

En un primer momento el Tribunal Laboral Federal sostuvo que la tesis de la *Drittwirkung* directa o inmediata, constituye en la República Federal de Alemania un derecho vigente,⁸⁷ esto no significa que la aceptación de tal doctrina haya sido pacífica, pues como plantea Ingo Von Munch: “en Alemania la crítica de la *Drittwirkung* no ha enmudecido nunca”.⁸⁸

Conforme al Art.1.3 de la Ley fundamental de Bonn solo los actores estatales están vinculados por los derechos que se encuentran establecidos en la ley fundamental, con la excepción del derecho de asociación sindical del Art. 9.3 que vincula directamente a los particulares, por preverlo expresamente dicho precepto al establecer la nulidad de los acuerdos tendientes a limitar o a impedir el derecho de crear asociaciones, para defender y promover las condiciones laborales y económicas.

En este sentido Claus-Wilhelm Canaris entiende que la vinculación de las leyes del derecho privado a los derechos fundamentales se corresponde con el Art. 1.3 de la ley fundamental de Bonn. Dicha vinculación es inmediata puesto que los derechos fundamentales no tienen el mismo contenido del derecho privado.

Los derechos fundamentales son válidos también para la aplicación y el desenvolvimiento judicial del derecho privado, no solo para la previsión del artículo 1.3 de la ley fundamental de Bonn, sino también porque en el plano fáctico las leyes solo tienen eficacia con contenido concreto si son aplicadas por la jurisdicción. Esto se fundamenta además en que el Art. 93.1 de la Ley fundamental prevé el recurso de amparo como una de las competencias del Tribunal Constitucional Federal, permitiendo al ciudadano la impugnación de sentencias en donde se aplica erróneamente el derecho privado y se violan los derechos fundamentales.⁸⁹

El segundo presupuesto es que los derechos fundamentales no son solamente derechos individuales en el sentido de derechos defensivos frente al Estado, sino que constituyen un orden objetivo de valores. De acuerdo con Ernst – Wolfgang Bockenforde, los derechos fundamentales son normas objetivas de principio y el Tribunal Constitucional Federal es quien tiene la competencia para su concretización.

⁸⁷ Castillo, Fernando y López, Julian, “Las Garantías de los Derechos Sociales”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 19, (Bogotá: julio 2011) 12.

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ Bonn, *Ley Básica para la República Federal de Alemania*.

Por tanto, el Tribunal Constitucional Federal ha utilizado el concepto de orden objetivo de valores en algunas sentencias resolutorias de recursos de amparo, como los de algunos casos concretos, como: Blinffuer y Lebach.⁹⁰

Para el Tribunal Constitucional Federal, si el juez ordinario hace caso omiso de la influencia del contenido objetivo de un derecho fundamental en las relaciones entre particulares, no solo lesiona el derecho constitucional objetivo, sino vulnera también el derecho constitucional subjetivo de recurrente en amparo.

El tercer presupuesto es que el orden objetivo de valores tiene un efecto de irradiación, por lo cual ese orden objetivo de valores impregna todo el ordenamiento jurídico, influyendo la interpretación y aplicación de todas las normas de rango inferior a la constitución.

En el derecho privado esta influencia se entiende, en un primer momento, como que se produciría a través de las cláusulas generales. Posteriormente el Tribunal Constitucional Federal amplió las vías de influencia de los derechos fundamentales en el derecho privado, a través de las figuras de la interpretación orientada por los derechos fundamentales, interpretación de acuerdo con los derechos fundamentales o la ponderación orientada por los derechos fundamentales.

Desde principios de los años 70 el Tribunal Constitucional Federal y la doctrina atribuyen a los derechos fundamentales una función adicional de deberes de protección. Un ejemplo de ello se puede verificar en la sentencia del caso C-Waffen en donde el Tribunal Constitucional Federal argumentó:

El artículo 2.2.1 de la Ley Fundamental no garantiza simplemente un derecho de defensa subjetivo, sino que representa al mismo tiempo una decisión valorativa jurídico-objetiva de la constitución, válida para todos los ámbitos del derecho, que crea deberes de protección constitucionales. Si estos deberes son lesionados entonces ocurre una violación del derecho fundamental consagrado por el artículo 2.2.1 de la Ley Fundamental.⁹¹

⁹⁰ Bockenforde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, (Berlín: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993).

⁹¹ *Ibíd.* 47

Ingo Von Munch afirma que esta función adicional de deber de protección del Estado frente a ataques de particulares está expresamente establecida en la ley fundamental de Bonn solamente en algunos supuestos, concretamente en el Art.1.1, conforme al cual el respeto y la protección de la dignidad humana son obligaciones de todos los poderes públicos, así como en otros, tales como el 6.1 y el 4, que imponen la protección del matrimonio, la familia y la madre. Sin embargo, esta limitada mención al deber público de protección es extendida por la jurisprudencia y la doctrina constitucional alemanas a otros derechos fundamentales, al deducir dicha función de protección del principio del Estado de derecho.⁹²

Con relación a esta función, Claus-Wilhelm Canaris distingue entre “prohibición de defecto de protección” y “prohibición de exceso de protección”. Por una parte, la protección no deberá ser inferior al mínimo constitucionalmente exigido, ya que el Estado debe proteger los valores reconocidos en los derechos fundamentales frente a una vulneración procedente de una persona privada y debe hacerlo a través de una acción positiva, especialmente mediante la promulgación de leyes adecuadas. El Estado no debe interferir en los derechos fundamentales del otro sujeto privado de una forma excesiva, o sea superior a aquella que sea necesaria y proporcionada.⁹³

Para Ingo Von Munch, la *Drittwirkung* indirecta y deber de protección son construcciones afines, aunque diferenciables dogmáticamente. Para Ralf Brinktrine se trata de dos caras de la misma moneda.

La teoría de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales, en combinación con la idea del deber de protección, tiene en el ordenamiento jurídico alemán varias consecuencias. La primera de ellas es que es el parlamento y no el juez civil quien tiene el primer puesto en orden a dar eficacia en las relaciones entre particulares a los derechos fundamentales, puesto que es el legislador quien elabora las leyes y por ende debe tomar en consideración los intereses de los particulares afectados.

⁹² Von Munch, Ingo, *La dignidad del Hombre en el derecho constitucional*, (Revista española de derecho constitucional, 1982) 9-33.

⁹³ Canaris, Von Claus-Wilhelm, *Grundrechte und Privatrecht*, (Berlín: Walter de Gruyter, 1999).

En segundo lugar, si un juez, al interpretar las leyes elaboradas por el parlamento llega a la conclusión de que una ley ha favorecido en exceso los intereses de una parte y no hay un justo equilibrio tiene dos opciones. Primero, interpretar la ley de modo que sea compatible con ley fundamental conforme a la constitución. Si esto no es posible, ha de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal.

Por último, si la ley de derecho privado contiene cláusulas generales u otras previsiones que dan al juez un margen de apreciación, el juez civil tiene la facultad y además la obligación de tener en cuenta la importancia de los derechos fundamentales y darles plena eficacia.

La actuación del Tribunal Constitucional Federal, especialmente cuando conoce de los recursos de amparo en materia de derecho privado, relativos a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, es controvertida y ha dado lugar a fricciones con la jurisdicción ordinaria. El Tribunal Constitucional Federal enfatiza que no es una última instancia de revisión y que no es su función dictar al tribunal civil como debe resolver el caso. Normalmente suele utilizar al efecto una fórmula introductoria del siguiente tenor:

el Tribunal Constitucional Federal ha de limitarse a examinar si los tribunales civiles han tenido en cuenta suficientemente la influencia de los derechos fundamentales. No es función del Tribunal Constitucional Federal ordenar a los tribunales civiles como deben decidir finalmente el caso. Una violación de los derechos fundamentales que fundamenta un recurso de amparo existe solo si el tribunal civil fracasa en ver que en la interpretación y aplicación de las previsiones de derecho privado, que están en armonía con la constitución, los derechos fundamentales han de ser tenidos en cuenta la extensión de la protección utilizada por los derechos fundamentales relevantes, han sido fijadas incorrectamente o si la importancia de los derechos básicos, ha sido juzgada mal de modo que la ponderación entre las dos posiciones legales dentro de los límites de la regulación del derecho privado, es afectada negativamente.⁹⁴

⁹⁴ Bockenforde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, 51

El Tribunal Constitucional Federal aplica un sistema de control de dos fases. En primer lugar, estima normalmente el recurso de amparo, basado en los criterios siguientes:

1. Si el tribunal civil no percibe en absoluto la relevancia del derecho fundamental para un correcto entendimiento de la ley del derecho privado, es decir, fracasa en tomar en consideración la existencia del derecho fundamental, o
2. Si el tribunal civil ha reconocido la relevancia del derecho fundamental pero ha errado en su significado o importancia, o sea, fracasa en tomar en consideración el peso de un derecho fundamental.

En segundo lugar, si el proceso de interpretación no da motivos para estimar el recurso, el Tribunal Constitucional Federal examina de forma amplia si la aplicación de la norma de derecho privado presta suficiente atención a la existencia e importancia de la cuestión de derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional Federal no acepta la eficacia inmediata o directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. La aplicación de la teoría de la eficacia mediata de los derechos fundamentales entre particulares y la función de los derechos fundamentales como deber de protección frente a vulneraciones procedentes de otros sujetos privados ha tenido unos efectos más radicales que los propugnados por Nipperdey cuando sustentaba la *Drittwirkung* inmediata, y, ha llevado los efectos de los derechos fundamentales a relaciones jurídico-privadas de muy distinta naturaleza, no solamente las de carácter laboral o ilícitos relativos a vulneraciones de los derechos de la personalidad en relación al ejercicio de las libertades de expresión e información, sino también a relaciones contractuales de fianza, arrendamientos urbanos, etc., lo que ha traído como consecuencia que un sector significativo de la doctrina critique el peligro de la jurisdicción del Tribunal Constitucional Federal para el principio de la autonomía de la voluntad.

La actuación del Tribunal Constitucional Federal es objeto también de críticas, no solo en ámbitos judiciales sino también doctrinales, en su aspecto procesal, por la extensión del control de las resoluciones de los tribunales civiles. Se le critica que el control de tales resoluciones se ha hecho cada vez más estricta, rebasando los límites

de lo estrictamente constitucional y que puede convertirse en una instancia de supervisión procesal, lo que ha provocado fricciones en la jurisdicción ordinaria.

1.8.1.3 Estados Unidos y Canadá.

En Canadá, la Carta canadiense de derechos y libertades de 1982 está destinada expresamente a proteger a las personas frente a los poderes del Estado. Es por ello que un particular puede impetrar la tutela de los tribunales frente una violación de sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Es necesario que la acción que los haya violado sea imputable al Estado específicamente a su rama ejecutiva.

La sentencia del Tribunal Supremo de Canadá en el caso *Reatal Wholesale and Department Store Union* resolvió un recurso en relación a un litigio entre un sindicato y una empresa. En este caso, el sindicato había advertido a la empresa que pondría piquetes ante sus instalaciones si esta no cesaba de hacer negocios con otra empresa con la que el sindicato mantenía una disputa. Una resolución judicial entendió, aplicando una regla del *common law*, que la conducta del sindicato constituía el ilícito de inducir a la ruptura de un contrato y acordó prohibir la amenaza de piquetes. El sindicato recurrió ante el Tribunal Supremo sobre la base de que la prohibición judicial infringía su derecho constitucional a la libertad de expresión.⁹⁵

El Tribunal Supremo rechazó el recurso y el juez redactó la *majority opinion* basando su decisión en los términos del Art. 32 de la carta de derechos y libertades, que expresamente prevé que la carta se aplica “al Parlamento y al gobierno de Canadá” y “al legislador y al gobierno de cada provincia”. Por el gobierno, sostiene, ha de entenderse las ramas ejecutivas y administrativas del gobierno, lo mismo si su acción es invocada en un litigio público o en uno privado.⁹⁶

Pero una orden de un tribunal no puede ser equiparada con una acción gubernamental y por tanto la decisión acordada por el Tribunal Supremo de la Columbia Británica, que era la resolución cuestionada, no está sujeta a la carta de derechos y libertades. Como resultado, el Tribunal Supremo canadiense rechaza la

⁹⁵ Tribunal Supremo de Canadá, [Caso *Reatal Wholesale and Department Store Union*], en ST/1988, 8 de julio de 1988.

⁹⁶ Carta Canadiense de Derechos y Libertades, [1982], ([Ottawa]: Parlamento del Reino Unido, sf).

eficacia, tanto directa como indirecta, de la libertad de expresión constitucionalmente reconocida en las relaciones entre particulares. Ni el particular puede invocar frente a otro la protección constitucional de su libertad de expresión, ni la actuación de los tribunales, cuando resuelven litigios entre particulares, puede entenderse vinculada por la protección constitucional de tal libertad, por lo que ni siquiera se reconoce la existencia de un deber de protección por parte de los tribunales a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

En sentencia del caso *McKinney vs la University of Guelph*, el Tribunal Supremo abunda en esta línea, afirmando que “la exclusión de la actividad privada de la protección de la carta fue deliberada”. Solo el gobierno necesita ser constitucionalmente constreñido a preservar los derechos del individuo: “Las acciones de las universidades no caen en el ámbito de la carta porque las universidades no forman parte del aparato del gobierno”.⁹⁷

La Constitución no es aplicable en los litigios entre particulares, ni siquiera en la forma indirecta de vincular a los tribunales cuando resuelven tales litigios. La carta de derechos y libertades no se aplica a aquellas reglas del *common law* que regulan relaciones entre privados, “donde... una parte privada A, demanda a una parte privada B, basándose en el *common law* y donde ningún acto del gobierno es tomado en consideración para sustentar la acción, ya que la carta no será de aplicación, según la decisión del Tribunal Supremo, en la citada sentencia del caso”.⁹⁸

De esta forma el Tribunal Supremo excluye de la eficacia de la carta de derechos y libertades las normas del *common law*, que regulan relaciones entre particulares, por lo que es necesario determinar si la norma a aplicar en un litigio es una norma de la *common law*, de creación jurisprudencial o de *statue law*, o sea emanada de legislador puesto que en este caso la previsión del Art. 32 de la carta, al prever que la misma se aplica al parlamento de Canadá y al legislador de cada provincia, hace que estas normas estén sujetas a la carta de derechos y libertades, lo cual lleva a una extraña situación, en la que la sujeción de la norma depende de que

⁹⁷ Tribunal Supremo de Canadá, [Caso *McKinney vs la University of Guelph*], en ST/1990, 12 de agosto de 1990.

⁹⁸ *Ibíd.*

sea la *common law* o la *statue law*, siendo así que normas que en algunas provincias del país son de la *common law* y en otras lo son de *statue law*.

Esta situación intenta suavizarse atribuyendo una eficacia indirecta a la Carta de derechos y libertades sobre el *common law*, donde el poder judicial debe aplicar y desarrollar los principios del *common law*, acorde con los valores fundamentales consagrados en la constitución.

La carta de derechos y libertades que regula el poder público en Canadá carece de normativa aplicable en materia de relaciones entre particulares, en consecuencia las acciones privadas están excluidas de la aplicación de la carta, por ejemplo las de un empresario que restrinja la libertad de expresión o de reunión de los empleados, el arrendador que discrimine en base a la raza en su selección de arrendatarios, etc., porque en tal caso no hay ninguna acción del parlamento o el gobierno de Canadá, ni del legislador o el gobierno de una provincia.⁹⁹

En los casos en que una acción privada provoca una restricción de una libertad civil puede haber remedio para el agraviado en una norma legal, pero no puede entenderse como una infracción de la carta. Es necesario entonces una *state action* para que pueda invocarse la carta de derechos y libertades.

En los Estados Unidos la *equal protection clause*, consagrada en la XIV enmienda, prohíbe la acción discriminatoria de los poderes públicos, pero no representa un límite para las conductas privadas. Tampoco prohíbe que un particular sea discriminado por motivos raciales en sus asuntos personales siempre que el Estado permanezca al margen. De esta manera, la discriminación racial practicada por un empleador privado puede estar prohibida expresamente por legislador federal (lo está desde 1964), pero no es una *state action* sujeta a revisión constitucional.

El alcance de las garantías constitucionales se limitó a la esfera de la actividad estatal porque se pensaba que el *common law* protegía suficientemente a los individuos de las violaciones de sus derechos y libertades naturales por otros individuos. Cuando la constitución norteamericana fue elaborada se tenía la convicción que los individuos

⁹⁹ Carta Canadiense de Derechos y Libertades, (1982), (Ottawa: Parlamento del Reino Unido, s.f.).

tenían derechos naturales, derechos inalienables y que el *common law* encarnaba tales derechos naturales y los salvaguardaba de las injerencias privadas; así cualquier infracción encontraba el oportuno remedio.

Era innecesario que la Constitución se ocupara de una cuestión que estaba resuelta. Sin embargo, lo que realmente preocupaba a los constituyentes era la posibilidad de que el nuevo gobierno nacional eludiese los principios del *common law* y pudiese infringir las libertades mediante nuevas formas en las que los particulares no podían. Se temía que el gobierno federal pudiera vulnerar las libertades escudándose en la inmunidad de la soberanía, por eso se consideró necesario añadir la carta de derechos fundamentales. *El Bill of Rights*, aseguraba que el nuevo gobierno estuviera obligado por los mismos principios de derecho natural que ya limitaban a los actores privados.

Aunque esta declaración de derechos incluye algunas garantías contra abusos que solo el Estado puede cometer, como la imposición arbitraria de sanciones penales, en muchos de sus preceptos no se hace otra cosa que trasladar las tradicionales reglas del *common law* al ámbito de las relaciones individuo-Estado, para limitar así la actividad gubernamental. La libertad de prensa, que adquiere rango constitucional en la primera enmienda, era ya un principio arraigado en el *common law*.

Hoy en día son muchos derechos individuales que carecen de protección en el *common law*, o que no encuentran una protección suficiente en este sector del ordenamiento frente a la discriminación privada o frente a las violaciones de la libertad de expresión cometidas por empleadores o arrendadores de viviendas. Por tanto, ha perdido vigencia la premisa sobre la que se construyó la doctrina de la *state action*, pese a que esta aún sigue vigente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano.

La protección de datos en ficheros de titularidad pública está contenida en la regulación federal unitaria y en la regulación estatal dispersa, la cual es importante para el flujo de informaciones personales y estatales entre diferentes países y regiones del mundo. En este sentido se han presentado dificultades entre Estados Unidos y las Comunidad de países europeos.

De forma general el sistema norteamericano de derechos fundamentales presenta falta de vinculación de las empresas privadas, lo que ha provocado conflictos sobre el flujo de información entre Estados Unidos y Europa, que en diversas ocasiones ha sido solucionado por el sistema de principio de puertos seguro, lo que garantiza un nivel adecuado de protección de datos personales transferidos desde la Unión Europea a entidades en Estados Unidos de América.

1.8.1.4 Colombia

El caso colombiano tiene sus particularidades respecto al reconocimiento de la eficacia de los derechos entre los particulares. Es necesario señalar que el texto constitucional de Colombia del año 1991 reconoció la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales, por lo que no han existido aquellos problemas sobre la aplicación de dichos derechos en el tráfico *inter privados*. Respecto al tipo de eficacia que existe en la norma colombiana tanto la doctrina como la jurisprudencia no han alcanzado un consenso. No obstante, existen algunos pronunciamientos respecto a la existencia de una dimensión objetiva de los derechos fundamentales y el deber de protección, pero al final se acepta que en virtud del mandato constitucional la eficacia de los derechos entre los particulares es directa.¹⁰⁰

En el texto constitucional se expresa los supuestos de procedencia de las garantías constitucionales frente a la vulneración de los derechos fundamentales; el legislador tiene la facultad de su desarrollo posterior. Por lo que a diferencia de lo que sucede respecto a los poderes públicos, las relaciones entre particulares y su vinculación a los derechos fundamentales tienen un carácter excepcional.

Dicha actitud garantista asumida por el órgano constitucional ha sido muy positiva, puesto que la sociedad colombiana está caracterizada por grandes desigualdades, además del conflicto interno que aún persiste en el país. Esta postura adoptada por el juez constitucional puede contribuir a que se tenga una mayor confianza en el sistema judicial colombiano y se logre una idoneidad de las garantías constitucionales frente a los conflictos relacionados con los derechos fundamentales.

¹⁰⁰ Constitución Política de la República de Colombia, [1991] Art.86, ([Bogotá]: Congreso General de Colombia, s.f.).

Muestra de ello es la figura de la indefensión por la inactividad de la administración y el trabajo que ha desarrollado el órgano constitucional en la apreciación de circunstancias fácticas de las partes que suscitan el conflicto, lo que ha demostrado un alto índice de preocupación social por dictaminar una justicia material en cada caso concreto, dejando a un lado los formalismos innecesarios en materia legal.¹⁰¹

En ese país la tutela ha perdido el carácter de mecanismo de defensa judicial subsidiario y se ha convertido en una herramienta fundamental para debatir cualquier tipo de pretensiones, por lo que se ha desdibujado su propia naturaleza dirigida a la alta misión de proteger los derechos fundamentales. Esto ha provocado cierta congestión en materia judicial. Es por lo que, el sistema judicial colombiano requiere de otros mecanismos judiciales para la protección de los derechos fundamentales, que se caractericen por la rapidez y la sumariedad. La tutela debe estar destinada al debate de aquellos problemas que posean una verdadera relevancia *ius* fundamental.

Es necesario señalar el caso de interposición de la acción de tutela cuando se ha violentado un derecho por un particular en la prestación de un servicio público. La constitución colombiana es clara, pero posteriormente fue promulgada una ley que introdujo una serie de restricciones para realizar la interposición de la acción.¹⁰² No obstante, la Corte Constitucional trazó una línea jurisprudencial que permitió esquivar exitosamente los obstáculos regulados en la norma aprobada.

1.8.1.5 Panamá

La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares en el sistema jurídico panameño puede ser analizada desde una perspectiva doctrinal y legislativa, todo ello relacionado con el Art. 54 de la norma constitucional, en el cual se reconoce el amparo contra las disposiciones de hacer o no hacer de los funcionarios públicos. A esto se agrega que a raíz de las reformas constitucionales aprobadas en el 2004 se agrega un Art. 17 que regula esta garantía constitucional de protección de los derechos fundamentales.

¹⁰¹ Corte Constitucional de Colombia, [T-594], en ST/1992, 11 de mayo de 1992.

¹⁰² Bogotá, *Decreto Ley 2591*, [1991] Congreso General de Colombia: Ediciones Legales, Art. 42.

El texto constitucional panameño de 1970 reconocía en su Art. 50 el amparo de las garantías constitucionales, aspecto que fue retomado en el año 1972 con la aprobación de una nueva Constitución. Al respecto se regula lo siguiente:

Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o no hacer, que viole los derechos y garantías que esta constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquiera persona.

El recurso de amparo de garantías constitucionales a que este artículo se refiere se tramitará mediante procedimiento sumario y será de competencia de los tribunales judiciales.¹⁰³

Este artículo demuestra la tradición del constitucionalismo liberal panameño, el cual da a entender al amparo desde una concepción subjetiva, o sea, como un derecho de defensa a raíz de las violaciones de los derechos fundamentales, que pueden derivarse del ejercicio de los poderes públicos, motivo por el cual solo se previó el amparo contra las órdenes emitidas por los funcionarios públicos.

Otras cuestiones se han suscitado en torno al citado artículo; ejemplo de ello es su protagonismo en debates relacionados a la protección y tutela de las libertades públicas en Panamá y la implementación de lo regulado en el mismo para establecer la negación en cuanto a la efectiva protección de dichas libertades, defendiendo su limitación exclusiva a las decisiones emitidas por los funcionarios públicos. Como complemento de dicha situación se puede mencionar el poco interés que ha existido por parte del poder legislativo de legislar sobre la efectiva tutela de los derechos fundamentales.

Esta situación tiene su fundamento en la historia, puesto que el poder legislativo panameño se ha caracterizado por un sometimiento extremo al poder ejecutivo y la presencia de un excesivo presidencialismo. Por lo que resulta lógico que el desarrollo de una actividad legislativa efectiva actúa como limitante en los abusos del poder público. Con las reformas constitucionales del año 2004 se adiciona el Art. 17, el cual expone lo siguiente:

¹⁰³ *Constitución Política de Panamá*, [1972], Art. 50, ([Ciudad de Panamá] Asamblea Nacional).

Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.¹⁰⁴

Este artículo en su primer apartado es fiel reflejo de lo expuesto en la norma constitucional de 1972, exponente del típico constitucionalismo liberal, denominado en la jurisprudencia panameña como norma programática. Ello significaba que era una norma no justiciable, por lo que a través de ella no podía hacerse valer ninguna garantía o derecho subjetivo, incluso no podía argumentarse de una forma objetiva las violaciones directas de los derechos. Esto es una muestra de la crisis que aconteció con el constitucionalismo liberal, donde se hacían promesas respecto a las garantías, para posteriormente nunca hacerlas efectivas.

Con la adición de un segundo párrafo al Art. 17 a raíz de la reforma al texto constitucional panameño, se introduce un enunciado neo constitucional que va a resultar en el surgimiento de una norma vinculante de los poderes públicos en la protección de los derechos fundamentales. Es así como se produce una transformación inminente y se le da un protagonismo al mandato imperativo contenido en dicho artículo, referente al deber de protección. Este deber de protección a raíz de las nuevas reformas no solo estará dirigido a las violaciones del Estado, sino a la dimensión objetiva de la eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares.

Estas reformas impulsaron la vinculación de la norma constitucional panameña a la teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales. Se reconoce por una parte la dimensión tradicional subjetiva, o sea como mecanismo de protección y defensa ante los poderes públicos del Estado, y una dimensión objetiva con un contenido y alcance que supera a las concepciones tradicionalistas y que conllevó a

¹⁰⁴ Reformas Constitucionales a la Constitución Política de Panamá, [2004], ([Ciudad de Panamá] Asamblea Nacional).

entender la tutela de los derechos fundamentales contra las violaciones que se originan de los actos entre particulares.

1.8.1.6 México

En México según doctrina constitucional se aprecia que la idea de los derechos fundamentales llega a establecer relaciones jurídicas entre los particulares y con las autoridades. El texto constitucional mexicano y la Ley de amparo vigentes disponen que el amparo procede únicamente contra actos de autoridad que vayan en detrimento de las garantías individuales.¹⁰⁵ Unido a ello la jurisprudencia ha considerado siguiendo la línea trazada por ambas leyes, que solo se puede promover el juicio de amparo contra los “actos de autoridad”.

Ello encerraba en un marco estrecho la aplicación de la garantía constitucional puesto que se concebía a la autoridad como aquellas personas que disponían de la fuerza pública, establecidas las circunstancias legales para ello.¹⁰⁶

Desde este punto de vista se aprecia el poco espacio que se le brinda a la garantía constitucional del amparo, reconocida en la legislación mexicana. Ni en el marco teórico, ni en la práctica se podía plantear que los particulares podían violar los derechos fundamentales respecto a otros particulares, o sea carecía de todo sentido.

En este país se han dado marcadas confusiones respecto al trato de los derechos fundamentales y las garantías individuales, es decir, ha existido una falta de coherencia terminológica con la que se suele tratar este tipo de cuestiones. Un estado de confusión, como bien lo refleja parte de la jurisprudencia mexicana, conllevaría a un razonamiento erróneo, puesto que cuando no existe la protección por vía procesal que brinde la posibilidad de reparar las violaciones de los derechos fundamentales llevadas a cabo por un particular, es obvio que la única vía en la que pueden hacerse valer es frente a los actos de autoridad. Esta posición adoptada por la legislación mexicana contribuyó a la descalificación de la posibilidad de entender en un sentido normativo

¹⁰⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, [1917], Art. 103, ([México DF], Congreso de la Unión).

¹⁰⁶ Zaldívar, Arturo, Hacia una nueva Ley de Amparo, (México DF: UNAM, 2002).

la proyección de un derecho fundamental en las relaciones jurídicas de los particulares.¹⁰⁷

No obstante, frente a esta concepción tradicional de los poderes públicos, surge un punto de vista alternativo en el que se aprecia la existencia de los efectos horizontales de los derechos fundamentales y de su eficacia entre los particulares. Se pueden poner algunos ejemplos de artículos de la Constitución mexicana donde se evidencia la obligación que tienen los particulares frente al mandato constitucional.

En el cuarto párrafo del Art. 1 se regula la prohibición de la esclavitud; no cabría la posibilidad de que dicho precepto solo podría ser vulnerado por las autoridades. En el Art. 3 se recogen varios aspectos como el derecho a la educación que contempla a los particulares, puesto que en México la educación privada es reconocida como parte del sistema educacional y además se reconoce que este derecho es obligatorio. Dicho esto, no tendría sentido alguno que la regulación de los derechos fundamentales solo implicaría u obligaría a las autoridades. Se reconocen en la normativa constitucional los derechos de autonomía de los pueblos y las comunidades indígenas, específicamente se reconoce la aplicación por parte de estas comunidades de sus propios sistemas normativos para la solución de sus conflictos internos.¹⁰⁸

Lo antes expuesto plantea la interrogante de si ¿dichas normas podrán ser violadas por particulares? A esto puede agregarse los derechos reconocidos en materia ambiental donde los particulares tienen la obligación de no acrecentar ni atentar contra las condiciones ambientales.¹⁰⁹

De igual modo, es la Constitución la que garantiza que un derecho fundamental se aplique o no a los particulares a través de su contenido semántico. De ser cierta esta afirmación debe establecerse la manera en que puede y debe aplicarse ese derecho fundamental. A esto se agrega la carencia en la jurisprudencia tradicional de criterios que reconozcan los efectos horizontales de los derechos fundamentales.

¹⁰⁷ Tribunales Colegiados del Circuito, Tesis Aislada. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo IV, (Mexico DF.: Novena Época, 1996).

¹⁰⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

¹⁰⁹ *Ibíd.* Art. 4

1.8.1.7 Brasil

Brasil posee una norma constitucional que tiene tres características importantes relacionadas a los derechos fundamentales, estas son su carácter analítico y pragmático, su pluralismo. La primera característica vinculada a lo analítico se evidencia por medio del empleo de una serie de elementos para detallar y enumerar los derechos fundamentales, no obstante, el proceso de la constituyente para aprobar la Carta Magna relevó cierta desconfianza en cuanto a la demostración de la intención de salvaguardar una serie de reivindicaciones y logros en contra de una erosión potencial o abolición de los poderes constituidos.¹¹⁰

Se afirma que el texto constitucional brasileño tiene un carácter pluralista, debido a que se acogen varias posiciones que son polémicas entre sí, o sea no se obedece a una solo teoría referente a los derechos fundamentales.

Ello se evidencia en la catalogación de estos derechos, donde se unen los derechos sociales a los clásicos y los derechos políticos con los de la libertad.¹¹¹ El pragmatismo está reflejado en la existencia de una gran cantidad de disposiciones constitucionales que dependen de la normativa legislativa para su implementación, así como de programas garantizados por el gobierno.

En la historia constitucional de Brasil se aprecia que los textos constitucionales de los años 1824 y 1937 etiquetaron a los derechos fundamentales como derechos civiles, individuales y políticos, mientras que en las normas constitucionales venideras se hablaba de “Carta de Derechos”. Toda esta evolución de los derechos alcanzó su máxima confirmación en la Constitución aprobada en el año 1988 vigente en la actualidad. En esta normativa se catalogó a los derechos como “Derechos y Garantías fundamentales”, en los cuales se incluyó la propiedad privada y a la colectiva.

El desarrollo de estos derechos fundamentales en la norma suprema parte de la influencia de la Ley Fundamental de Alemania, la Constitución portuguesa del año 1976 y la Constitución española de 1978. No obstante cuestiones como la terminología tienen determinadas confusiones y ello se debe al uso indistinto de expresiones tales

¹¹⁰ Alexy, R. Teoría de los derechos fundamentales, [2016], (Madrid: Cuestiones Constitucionales. Centro de estudios constitucionales)

¹¹¹ Constitución de la República Federativa de Brasil, [1988], ([Brasilia]: Congreso Nacional)

como: derechos humanos, derechos y garantías, derechos y libertades constitucionales, derechos individuales y garantías.¹¹²

No obstante, se empleó el término general “derechos fundamentales” puesto que este abarca todas las demás categorías relacionadas a los derechos, adoptándose así la teoría de la eficacia horizontal directa debido a que gran parte de los estados que integran la República Federativa de Brasil no ostentan una posición constitucional clara sobre la materia.

Portugal tiene una norma constitucional, que respecto a la eficacia horizontal de los derechos establece: “Los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vinculan a los entes públicos y privados”.¹¹³ Este ejemplo no fue aplicado por la Asamblea Constituyente en Brasil.

Se carece de rigor científico y la técnica legislativa adecuada en cuanto a los derechos fundamentales, así como la falta de previsión de normas generales expresas sobre las restricciones a tales derechos. Uno de los avances que se lograron con la Constitución de 1988 fue la aplicabilidad de las reglas fundamentales de primera, segunda y tercera dimensión, así como el número de derechos fundamentales que tiene protección y la consagración de las llamadas cláusulas inmutables.

A pesar de no poseer cierta claridad respecto a los derechos constitucionales establecidos en la norma suprema brasileña, la doctrina ha señalado que las restricciones de estos derechos pueden ser directas o indirectas. La primera está referida a que son positivadas expresamente por las propias normas constitucionales; ejemplo de ello es el derecho a la libertad de expresión.¹¹⁴ La segunda categoría implementa una serie de reservas restrictivas impuestas por leyes sustantivas, siempre que la normativa fundamental así lo establezca.¹¹⁵

Ejemplo de lo antes expuesto es la garantía que posee la mujer dentro del mercado laboral, o sea su protección por medio de la aplicabilidad de incentivos.¹¹⁶ Se

¹¹² *Ibíd.* Art. 4-5 apartado 1.6.

¹¹³ Constitución de la República de Portugal, [1976], Art. 18, apartado 1, ([Lisboa], Congreso Nacional)

¹¹⁴ Constitución de la República Federativa de Brasil, Art. 5.

¹¹⁵ Figueiredo, M. La evolución político-constitucional de Brasil, [2008], (Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca)

¹¹⁶ *Ibíd.* Art. 7, XX.

reconoce, en la práctica, un tipo de restricción que no ostenta el amparo de la norma constitucional o legal; esta ha recibido muchas críticas y generado amplios debates en la doctrina de ese país¹¹⁷.

Para el establecimiento de la solución de conflictos de derechos fundamentales resulta imprescindible la aplicación del principio de equilibrio y la ponderación de estos. Para ello se debe tener en cuenta las características que cada caso posee en particular.¹¹⁸

En el caso de la norma constitucional portuguesa, acorde a la teoría inmediata, los derechos fundamentales se aplican directamente con relación a las personas. Es decir, que se defiende la aplicabilidad del texto constitucional como una forma de justificación primaria, o sea, pueden ser adecuadas a las normas de comportamiento que inciden en la relación establecida entre particulares.

En Brasil, expresamente, no se tiene una disposición referente a la unión y la aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones de los particulares. Sin embargo, no existe un argumento que pueda soportar la total negación de la existencia de una eficacia horizontal, o sea no es posible afirmar que la autonomía privada fue negada como principio constitucional, la cual se refleja en la dignidad de las personas, la libre empresa humana, la libertad entre otros.¹¹⁹

Esto es una muestra más completa de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares en el sistema jurídico brasileño, en el cual no se elimina el principio de libertad de elección.

Dicha eficacia en el ordenamiento jurídico brasileño da a entender que los derechos fundamentales actúan de manera unilateral en la relación existente entre el Estado y los ciudadanos. Todo ello con el fin de legitimar la concepción de que el ciudadano posea un espacio libre respecto a cualquier interferencia del propio Estado, tanto en la práctica como en la teoría.

¹¹⁷ Figueiredo, M. La evolución político-constitucional de Brasil, [2008], (Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca)

¹¹⁸ Kretz, Andrietta, Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais, (Sao Paulo: Momento Atual, 2005).

¹¹⁹ Constitución de la República Federativa de Brasil 1988, Art. 5, sección II.

En el derecho civil existen casos que suscitan conflictos de interés dentro de los derechos fundamentales. Ejemplo de esto es una relación contractual y la existencia de un conflicto entre la libertad de elección y de un derecho fundamental. En este caso no hay una colisión entre el derecho privado y el fundamental, no obstante, las discrepancias deben ser resueltas por los valores de ponderación. Al respecto se ha entendido en la doctrina, que la dignidad de las personas es ejercida en una primera posición respecto a otros valores. Por lo que en determinados casos se sacrifica un derecho fundamental por sobre otros derechos¹²⁰.

Teniendo en cuenta lo que se ha expuesto respecto al ordenamiento jurídico brasileño, se aprecia que el ejercicio de los derechos fundamentales no puede significar la afectación de la moral y dignidad de las personas. Debe prevalecer el principio de igualdad y la persona afectada puede buscar los recursos legales para resarcir dicha afectación. Por lo que, aunque no se reconoce de forma expresa en la legislación constitucional, los derechos fundamentales son exigibles no solo contra el Estado, sino que también ante el sujeto particular. Brasil es reconocido como un Estado donde la ley es aplicada a todos y debe ser cumplida¹²¹.

1.8.1.8 Perú

La Carta Magna peruana no contiene una disposición explícita referente a la eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales. Si son analizadas e interpretadas varias de las disposiciones constitucionales y de las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional de ese país, se aprecia que los derechos fundamentales proyectan su fuerza normativa en el ámbito de las relaciones entre particulares¹²².

Existen tres disposiciones constitucionales que permiten afirmar dicho efecto, vigente en el ordenamiento jurídico peruano, empleadas además por el Tribunal Constitucional. Ellas son la dignidad de la persona, el principio de supremacía

¹²⁰ Almeida, M (2001) *Federalismo, democracia e governo no Brasil: idéias, hipóteses e evidências*, BIB. Rio de Janeiro: Revan/Fapesp

¹²¹ Arretche, M (2000) *Estado federativo e políticas sociais: determinantes da descentralização*, Rio de Janeiro: Revan

¹²² Hakansson, C. *Curso de Derecho Constitucional*. Segunda edición. Lima: Palestra Editores, Universidad de Piura (Colección Jurídica), 2012, pp. 107-161

constitucional y la procedencia del amparo contra actos u omisiones provenientes de particulares.¹²³

Es de reconocer la posición que ostenta la dignidad, como principio fundamental, en el ordenamiento jurídico constitucional peruano, según lo regulado en los artículos 1 y 3 de la norma suprema. Es así, que el Art. 1 regula la protección y defensa de la dignidad de las personas como fin fundamental de la sociedad y el Estado; por su parte el Art. 3 regula a la dignidad como un principio del cual pueden derivarse los derechos fundamentales innominados.¹²⁴

En el ámbito jurídico-político, el significado de este principio implica el reconocimiento del valor central que posee la persona en el estado peruano. Esto trae como consecuencia que el Estado y el orden social que caracteriza a toda sociedad justifiquen su razón de ser en la consecución del principio de dignidad.

Desde la perspectiva constitucional se desprenden dos consecuencias de la aplicabilidad de este principio; ellas son: que como fin supremo impone la promoción y protección de la persona y su proyección no se limita solamente al Estado, sino que abarca a la sociedad, según lo regulado en el Art. 1 del texto constitucional.¹²⁵

Por esta razón la defensa de la dignidad de la persona se encuentra estrechamente vinculada a la promoción y protección de los derechos fundamentales, motivo por el cual, el respeto a la dignidad que se defiende en el texto constitucional en el ámbito jurídico significa sujeción, es decir, un vínculo hacia ellos.

Como bien se señaló con anterioridad, la dignidad como principio es proyectada al Estado-sociedad y al Estado como aparato de poder público. Por lo que no solo este es el sujeto destinatario de los derechos fundamentales, sino toda la sociedad, en la que se incluyen los particulares. Igualmente, las relaciones jurídicas que surgen en este marco, en especial las relaciones de derecho privado están relacionadas y han de respetar los derechos fundamentales.

¹²³ Fernández, F. *El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: Aproximación a la Constitución de 1993*. Revista de Estudios Políticos, 84, 1994, pp. 27-68.

¹²⁴ Constitución de la República del Perú, [2000], ([Lima], Congreso de la República del Perú).

¹²⁵ *Ibíd.* Art. 1.

Al mismo tiempo está presente el principio de supremacía constitucional, el cual no sólo significa la primacía del texto constitucional respecto a todo el ordenamiento jurídico¹²⁶ y la subordinación de las leyes ordinarias, sino que constituye fuente de derecho y por tanto relacionan al Estado y a la sociedad. Al respecto se establece lo siguiente: “Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.”¹²⁷

En suma, el cumplimiento y respeto del texto constitucional, obligatorio para todos los ciudadanos peruanos, promueve la relación de estos a la Constitución y por consiguiente a los derechos fundamentales reconocidos en ella. En fin, y siguiendo esta misma línea de pensamiento, los procesos constitucionales respecto a la tutela de los derechos, tales como el *habeas corpus*, el *habeas data* y el amparo, sí pueden ser aplicados contra los daños provenientes de los particulares y de las autoridades.¹²⁸

El que se reconozca una legitimación procesal pasiva a los particulares presupone una vinculación de las personas a los derechos fundamentales. De esto deriva que la protección procesal de los derechos esté orientada contra las lesiones y violaciones que realicen los particulares. Por ende, la circunstancia procesal debe su existencia a la eficacia horizontal. El máximo órgano constitucional de ese país ha ratificado el efecto *inter privatos* de los derechos fundamentales.

Aun así, en el desarrollo legislativo de la eficacia horizontal, se aprecia dos momentos. En un inicio no se planteó la necesidad de su argumentación y se da por admitido. Esta situación fue aceptada en la práctica desde un punto de vista procesal. Incluso, no se efectúa una manifestación global respecto al problema, sino que se hace alusión, de forma específica, sobre la vinculación al derecho y al debido proceso, además de sus diversas variables en el marco de los procedimientos disciplinarios en los entes corporativos privados¹²⁹.

¹²⁶ Ibíd. Art. 51.

¹²⁷ Ibíd. Art. 38.

¹²⁸ Ibíd. Art. 200, incisos 1-3.

¹²⁹ Anzures, J. (2010) *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*. (México: Revista Mexicana de Derecho Constitucional Núm. 22)

Si se retoma y analiza parte de la jurisprudencia peruana emitida por el Tribunal Constitucional se aprecia que, desde mediados de la década de los años 90, se admitió un gran número de acciones de amparo contra sanciones disciplinarias por parte de entes corporativos privados y ello contribuye posteriormente a la fundamentación del efecto *inter privatos* por parte del Tribunal Constitucional. Al respecto el órgano constitucional emite lo siguiente:

no es argumento válido para desestimar la presente demanda, el empleado por el Club emplazado, que sostuvo que 'la sanción adoptada por la Junta Calificadora y de Disciplina en el caso del demandante respondió a los estatutos del Club [...] y que es meridianamente claro que ese proceso (disciplinario) no puede ser considerado bajo las formalidades propias de un juicio o procedimiento judicial', lo que no parece aceptable, por cuanto el respeto de las garantías del debido proceso, no puede soslayarse, de modo que también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento disciplinario privado, como el desarrollado por el Club demandado.¹³⁰

La norma constitucional vigente en esa época defendía la administración de justicia exclusiva del Estado e, incluso, en principio la norma constitucional no proyectaba el efecto del derecho al debido proceso, junto a sus componentes, a los procedimientos disciplinarios en personas jurídicas de derecho privado.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional reconoce este tipo de derechos y su aplicabilidad a los procedimientos, cualquiera que sea su tipo, incluidos los privados. Esta práctica no ha variado, por lo que se mantiene con el texto constitucional vigente.

Otro ejemplo de la jurisprudencia peruana que evidencia la existencia de la eficacia de los derechos fundamentales entre las relaciones con los particulares es el caso de los trabajadores de la telefónica del Perú S.A., en el cual se cuestionaba el despido unilateral que se había efectuado sobre miembros del sindicato. En este caso se alegaba un daño del derecho del trabajo y la libertad sindical. Al respecto el órgano constitucional dictaminó que se trataba de un caso de eficacia horizontal, por lo tanto, debía ser tratado en ese contexto.¹³¹

¹³⁰ Tribunal Constitucional de Perú, [Caso Amillas Gamio], en No. 067-93-AAFC, 12 de diciembre de 1996.

¹³¹ Tribunal Constitucional de Perú, [Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica Perú S.A. y FETRATEL], en ST/2002, 11 de julio de 2002.

A ello se agrega los términos en los que se reconoce la manifestación de la efectividad horizontal de los derechos fundamentales, donde la Constitución es la norma rectora del ordenamiento jurídico y por lo tanto vincula al Estado y a toda la sociedad. Al respecto se reconoce lo siguiente: “Todos los peruanos tienen el deber [...] de respetar, cumplir [...] la Constitución”.¹³²

Del citado artículo se deduce que los vínculos que proyecta el texto son *erga omnes*, o sea, no solo incluye el ámbito de las relaciones entre el Estado y los particulares, sino aquellas que son establecidas entre los particulares. La fortaleza normativa que ostenta el texto constitucional, es decir, su fuerza activa y pasiva, así como aquellos elementos que se encargan de la normalización de las relaciones jurídicas, es proyectada también a las que se instauran entre los particulares.

Como consecuencia de esto, cualquier acto que provenga de un particular, que pretenda desconocer un derecho fundamental, es catalogado como una conducta anticonstitucional. Es por este motivo que las premisas constitucionales que permiten reconocer el efecto horizontal de los derechos fundamentales tienen su lugar de ser en el principio de supremacía de la norma constitucional, así como la dignidad de las personas y la legitimación procesal que se deriva de los procesos de la tutela de derechos.

En la jurisprudencia peruana se evidencia el principio de supremacía de la Constitución y el reconocimiento de la fuerza normativa que esta ostenta, la cual se deriva de su efecto horizontal. El órgano constitucional de ese país parte del reconocimiento de dicho principio y el texto constitucional así lo refleja en su articulado, donde se alude al cumplimiento de dicha normativa por los sujetos privados;¹³³ así se demuestra el vínculo con las relaciones surgidas entre los particulares.

En una sentencia emitida por el órgano constitucional se sostiene que: “ la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre

¹³² Constitución de la República del Perú, Art. 38.

¹³³ *Ibíd.*

particulares”.¹³⁴ A raíz de lo suscitado en este proceso se infiere: “Cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos (a los derechos fundamentales) [...], resulta inexorablemente inconstitucional.”¹³⁵

Lo antes expuesto significa que, si el conflicto acaecido es en contra de un derecho fundamental, este es ilícito o invalidado. Esta es la línea de acción seguida por la jurisprudencia peruana, donde prima el principio de dignidad.

Se asume la concepción de los derechos fundamentales como un conjunto de valores objetivos que priman en el ordenamiento, el órgano constitucional de justicia alemán así lo determina, lo que respalda el Tribunal Constitucional peruano, es decir:

Esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad, que en nuestro ordenamiento se encuentra plasmado a través del artículo 10 de la Constitución de 1993, que pone énfasis en señalar que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.¹³⁶

En la sentencia antes citada se alude un argumento procesal respecto a la legitimación pasiva, donde se señala que las circunstancias reflejadas se orientan en las relaciones y los efectos de los derechos fundamentales en el ámbito *inter privados*. Se sostiene además que cualquier persona que puede interponer un recurso de amparo contra acciones procedentes de otra persona, significa que los derechos constitucionales pueden vincular de manera directa esas relaciones privadas, motivo por el cual la lesión a estos derechos fundamentales es reparable por medio de estos procesos.¹³⁷

¹³⁴ Tribunal Constitucional de Perú, [Caso Llanos Huasco], en Exp. 976-2001-AA, 13 de marzo de 2003.

¹³⁵ *Ibíd.* 68.

¹³⁶ *Ibíd.* 5.

¹³⁷ Tribunal Constitucional de Perú, [Caso Llanos Huasco].

1.9. El sistema de protección jurisdiccional de los derechos en Ecuador y su virtualidad frente a las vulneraciones producidas en las relaciones entre particulares

El caso del Ecuador la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares se ha plasmado en el texto constitucional vigente de manera efectiva. Al respecto, la Constitución de Montecristi es una norma que constituye un texto histórico fiel reflejo de una lucha interminable contra la injusticia y la inequidad social.

Los poderes salvajes impuestos por el mercado neoliberal, caracterizados por el libre albedrío en las prácticas comerciales, han incentivado la privatización de los servicios públicos y la disminución del deber de hacer del Estado. Estos elementos unidos a otras causales incentivaron al constituyente ecuatoriano a la implementación de un constitucionalismo social e igualitario. La norma constitucional declara a Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia.¹³⁸

Ello significa que en ningún caso las leyes u otras normas jurídicas, los actos del poder privado y público, de donde emanan las decisiones de los magistrados, están facultados para superponerse a los derechos constitucionales.

Esto constituye motivo para observar estos derechos y tomarlos en cuenta cuando se va a realizar determinada acción, ya que son catalogados jurídicamente como derechos fundamentales. Es una obligación tanto de los particulares como del Estado ejecutar políticas basadas en la práctica de la solidaridad y la justicia en cuanto a la implementación de servicios y el disfrute de bienes, donde en ninguna circunstancia estas pueden sobreponerse a la dignidad de las personas. Es en este sentido que los derechos siempre van a constituir una limitante a las manifestaciones de poder, ya sea este público o privado.

El sistema jurídico ecuatoriano, en cuanto a la regulación de los derechos fundamentales, se caracterizó por un tránsito de la concepción liberal al paradigma igualitario. Es por medio del mandato constitucional que se instauran los preceptos respecto a la existencia e implementación de un sistema económico basado en lo social

¹³⁸ *Constitución de la República del Ecuador*, [2008], Art. 1, ([Montecristi], Asamblea Constituyente).

y solidario, fomentando una relación dinámica y equilibrada entre los diferentes elementos que integran la sociedad.

Los derechos fundamentales están amparados por las correspondientes garantías constitucionales que contribuyen a su adecuada protección, es así como la acción de protección cobra vital importancia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como un mecanismo de protección de los derechos constitucionales, específicamente frente los particulares y la obligación que tiene el Estado de proteger estos derechos en las relaciones privadas.

Si se analizan los anteriores textos constitucionales que rigieron en el funcionamiento del sistema jurídico ecuatoriano, la Constitución del año 1998 reconoce por vez primera el amparo, como una garantía constitucional de los derechos en contra de particulares.

La acción de amparo que se regulaba en la antigua norma constitucional podía ser dirigida contra entes privados que realizaran la prestación de servicios públicos, a través de la delegación de una autoridad, una vez que la conducta vulnerase algún derecho comunitario o colectivo. No obstante, no podía realizarse acción alguna respecto a las violaciones de carácter individual que afectasen un derecho fundamental. Dicha posibilidad no estaba recogida en la norma constitucional derogada.

En el desarrollo de la acción de amparo fueron establecidos determinados parámetros que se caracterizaron por ser rigurosos, en cuanto a alcanzar la legitimación activa del afectado, puesto que debía demostrar que era representante de una colectividad, en los casos en que ocurriese la vulneración de los derechos comunitarios.¹³⁹ En la jurisprudencia no fueron desarrollados los criterios suficientes que hubieran podido facilitar la acreditación de la legitimidad pasiva de los entes privados que vulnerasen los derechos fundamentales.

Esto evidencia que el amparo constitucional reconocido en la norma constitucional del año 1998 defendía la concepción de que los derechos fundamentales solo eran oponibles frente al Estado. Existía una excesiva restricción legal y una

¹³⁹ Tribunal Constitucional, [La acción de amparo] en No. 862-2004-RA, 23 de mayo de 2004.

asentada carencia de desarrollo jurisprudencial, que contribuyó que los particulares no fueran controlados adecuadamente en el ámbito constitucional.

Posteriormente con la regulación de la acción de protección en el texto constitucional vigente, se rompe con los paradigmas anteriores, y se reconoce que el sistema jurídico no solo lo integran normas, sino que además existen posiciones y relaciones jurídicas, y que la Carta Magna es la norma jurídica suprema que rige el funcionamiento y composición de todo el ordenamiento jurídico, al cual están sometidos todos los entes, públicos y privados. Por tanto, los derechos fundamentales tienen efectos en lo vertical y horizontal, y por demás eficacia.

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales está establecida en la norma constitucional vigente para determinadas acciones realizadas por los particulares que atenten o afecten los derechos fundamentales, estas son: la prestación inadecuada de servicios públicos o de interés público; la violación de derechos que ocasionen daños graves; que la persona a la cual se le ha afectado el derecho se encuentre en una posición de subordinación o indefensión frente a un poder económico o de cualquier otro tipo, y por último que se ocasione un acto discriminatorio por cualquier persona. Solo cabe mencionarlas porque en capítulos posteriores se desarrollará este tema con más especificidad.

A modo groso estas son las características principales que posee el sistema judicial ecuatoriano en cuanto a la protección de los derechos constitucionales. Lo que evidencia un importante avance, y el reconocimiento y regulación de la eficacia horizontal de los derechos entre particulares.

Capítulo segundo

La acción ordinaria de protección de derechos fundamentales frente a los particulares

2.1. La Acción de Protección frente a particulares: antecedentes y doctrina

En el presente capítulo se analizan los fundamentos y la doctrina en que se sustenta la protección de derechos fundamentales por parte del Estado en contra de los particulares, o sea, los presupuestos para la procedencia de la acción de protección determinados en nuestra Constitución y Ley Orgánica de Garantías Constitucionales en contra de particulares.

2.1.1. Antecedentes

Los instrumentos jurídicos responden a necesidades políticas, morales, sociales y económicas de un momento determinado. En la doctrina no hay un consenso, y se ha entablado un punto polémico, el cual se hace necesario conocer, si frente al deber de protección a cargo del Estado existe un correspondiente derecho subjetivo del particular a reclamar de los órganos competentes la actuación debida.

Este aspecto cobra dimensión real si se piensa que únicamente en caso de que la respuesta sea afirmativa se podría interponer la queja constitucional o el recurso de amparo ante el incumplimiento de las autoridades de su deber de protección. La posición que rechaza tal posibilidad es cada vez más minoritaria.¹⁴⁰

Badura asume una posición intermedia, se muestra partidario de la existencia de una pretensión por una violación manifiesta del deber de protección, generándose

¹⁴⁰ Steinberg, Robert, *Grundfragen de öffentlichen Nachbarrechts*, (Berlin: Neue Furistische Wochenschrift, 1989).

una dificultad adicional, cual es, determinar que ha de entenderse por violación manifiesta.¹⁴¹

Otros criterios defienden la existencia de un derecho subjetivo a la protección. Así, Hermes afirma que la asociación entre el perjuicio individual y la obligación objetiva es el criterio decisivo para el nacimiento de un derecho subjetivo.¹⁴² Klein realiza una crítica acertada al manifestar: “La afectación individual es una condición necesaria (en ningún caso suficiente) para hacer valido un derecho, pues nunca justifica por sí sola la existencia de un derecho”.¹⁴³

Alexy colige la existencia del derecho subjetivo a partir de su teoría de los principios. Si se admite que los derechos fundamentales son principios y que como tales son un mandato de optimización, el reconocimiento de derechos subjetivos significa una mayor medida de realización que la sanción de meros mandatos objetivos. Al respecto plantea: “Por lo tanto la subjetivización de los deberes de protección puede fundamentarse con el carácter de principio de los derechos fundamentales”.¹⁴⁴

En este contexto, el deber de protección se cumple en la mayoría de los casos mediante la expedición de disposiciones legislativas. Ha de entenderse que el particular afectado tiene un derecho subjetivo a que se expidan normas, y, es más, a que se expidan normas en un sentido determinado.

Pero, si es aceptable una injerencia de tal magnitud en el campo de responsabilidades políticas del poder legislativo, se genera un problema adicional, es decir, si se admite que existe un derecho a la protección, se acepta por lo tanto su justiciabilidad, es decir, la posibilidad de reclamarlo ante los tribunales.

El Estado también puede, en cierta medida, limitar el derecho de protección, puede admitir la intervención de terceros o bien prescindir completamente de las garantías de defensa. De ahí que en los deberes fundamentales de protección los

¹⁴¹ Badura, Peter, *Staatsrecht: systematische Erläuterung des Grundgesetzes der Bundesrepublik*, (Munich: Beck, 1986), 79.

¹⁴² Hermes, Walther, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, (Munich: Bruno Gmunder, 1987), 214.

¹⁴³ Klein, Eckart, *Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*, (Munich: Bruno Gmunder, 1989), 1637.

¹⁴⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Madrid: CEPC, 2001), 440.

derechos correspondientes se dirigen al Estado (relación Estado-ciudadano), mientras que en la *Drittwirkung* (derecho fundamental frente a terceros) la cuestión gira en torno a si los derechos fundamentales actúan en las relaciones entre privados.

2.1.2. Doctrina

Un punto sobre el que indiscutiblemente existe un acuerdo doctrinal es respecto al principal destinatario de los derechos fundamentales y, por lo tanto, el sujeto obligado de los mismos es el Estado, vinculado por ellos en cuanto a su carácter necesario de normas de aplicación directa.¹⁴⁵

Entonces, se plantea la cuestión de si el Estado es el único sujeto vinculado por los derechos fundamentales, o si estos pueden desplegar sus efectos en las relaciones de los particulares entre sí. En este contexto se trata de saber si las normas constitucionales que consagran derechos y libertades son aplicables en las relaciones jurídicas privadas, de un modo tal que actúen sobre posiciones jurídicas de la misma naturaleza, y de ser resuelta de manera afirmativa esta pregunta, en qué medida y en qué extensión.

La particularidad la constituye precisamente el hecho de que todos los participantes en la relación son sujetos de Derecho Privado y por consiguiente detentadores de derechos fundamentales, razón por la cual estos despliegan sus efectos de un modo tal que resulta protegida una de las partes, frente a la otra, lo que significa una limitación de la libertad fundamental del otro sujeto interesado.

En este sentido los derechos fundamentales actúan como derechos y como deberes para quienes intervienen en una relación jurídica de derecho privado, y en última instancia se estaría en presencia de un conflicto de los derechos fundamentales de los interesados.

De esta manera se genera la vinculación de poderes públicos, específicamente el legislativo a los derechos fundamentales, tal como está concebida en la mayoría de los ordenamientos constitucionales en vigor.

¹⁴⁵ Hesse, Konrad, *Manual de Derecho Constitucional: Significado de los derechos fundamentales*, (Madrid: Instituto Vasco de Administraciones Públicas, 1996).

En este sentido nace la corriente denominada horizontal *wirkung* de los derechos fundamentales, destacándose de este modo que la problemática tiene lugar en el plano horizontal de las relaciones ciudadano-ciudadano y no en el plano vertical de las relaciones Estado-súbditos.¹⁴⁶

La cualidad de horizontal de la relación, que sugiere implícitamente una igualdad de posiciones entre los participantes, es más supuesta que real, pues en verdad en estos casos una de las partes goza de mayor poder que la otra misma que estaría sometida en una condición de inferioridad.

Es a partir de 1930 donde se admite la posibilidad de que pudieran alegarse los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado. De esta manera se ha ido ampliando paulatinamente en la jurisprudencia de la *Supreme Court* de los EE. UU., el rango de los sujetos obligados por los derechos fundamentales, a través de dos vías principales, estas son: “el ejercicio por un sujeto aparentemente privado de una función propia del Estado y la existencia de contactos o complicidades suficientemente significativas como para implicar al Estado en la conducta del acto privado”.¹⁴⁷

Las dos vías conducirían al mismo resultado, puesto que se responsabiliza al Estado del acto impugnado. Se consigue prolongar esa especial tutela de las libertades, de tal suerte que determinadas controversias surgidas entre particulares, excluidas, en principio, de este ámbito constitucionalmente protegido, quedan comprendidas finalmente en el mismo.

De esta manera nace la nueva doctrina marcada ya con un cuño ideológico preciso, cuya finalidad era favorecer el activismo judicial para procurar la realización efectiva de la Constitución, estableciéndose dos teorías:

2.1.2.1 La Teoría de la eficacia directa de los derechos fundamentales

Fue Nipperdey quien por primera vez se pronunció a favor de la eficacia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado y lo hizo en favor de una eficacia

¹⁴⁶ Muller, Jörg Paul, *Elemente einer schweizerischen grundrechtstheorie*, (Munich: Bruno Gmunder, 1982).

¹⁴⁷ Bilbao, Juan, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997), 15.

directa. De sus diferentes estudios realizados, es sin duda alguna en la exposición realizada en la parte general del Derecho Civil de *Enneccerus* en donde trata de manera más sistemática y ordenada el problema motivo de este estudio.¹⁴⁸

Nipperdey pretende una validez generalizada de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado o desconoce su principal destinación y vinculación estatal. En principio acepta la concepción tradicional de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos según fue definida ya por Jellinek, con un agregado sustancial al indicar:

No pocas disposiciones tienen además la importante función de proposiciones ordenadoras o principios para con el orden jurídico en su conjunto. Se trata del efecto directamente normativo de algunas disposiciones jurídico-fundamentales como derecho constitucional objetivo vinculante, que ha venido a derogar, modificar, completar o crear disposiciones jurídico-privadas. Este derecho constitucional contiene para los ámbitos jurídicos extra constitucionales no solamente directrices o también llamadas reglas de interpretación, sino una regulación normativa del orden jurídico en su conjunto unitario, de la que también emanan directamente derechos subjetivos privados del individuo.¹⁴⁹

Para Nipperdey la aplicación de normas constitucionales al derecho privado de ningún modo llega a afectar en exceso la esfera de libertad del individuo, pues solo podrá e irá a restringirla hasta donde fuera absolutamente necesario en el interés de una “vida social sana”.¹⁵⁰

En consecuencia, resultan incomprensibles las opiniones que defienden la exclusiva vinculación estatal a los derechos fundamentales, pues estas se niegan a ver lo evidente, ya que para Nipperdey reconocer el efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre el conjunto del sistema normativo supone: “reconocer el efecto normativo directo de los derechos fundamentales sobre el derecho privado”.¹⁵¹

De este modo es que frente a los poderes sociales Nipperdey sostiene la aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre privados,

¹⁴⁸ Nipperdey, Enneccerus, *Lehrbuch des Burguerlichen Rechts*, (Tubingen: Bruno Gmünder, 1998).

¹⁴⁹ *Ibíd.* 95.

¹⁵⁰ *Ibíd.* 96.

¹⁵¹ *Ibíd.* 98.

cuando una de las partes, aun cuando no se trate de un poder social, detenta una posición de poder económico o de otra índole frente a la otra, al respecto este autor sostiene: “A semejante estado de cosas, que de hecho equivale a la sujeción del individuo al poder soberano, deben aplicarse directamente las normas constitucionales”.¹⁵²

Pero cuando se trata de particulares que estén en una situación de igualdad jurídica y de una efectiva o casi completa igualdad cierta, se suprime en principio, la finalidad protectora de los derechos fundamentales, porque aquí entrarían a desplegar sus efectos: la autonomía privada y la libertad contractual. En este contexto Nipperdey sostiene que aun en las situaciones de igualdad fáctica entre los particulares, admite la *Drittwirkung* directa, porque en su opinión los acuerdos contractuales no pueden contravenir la libertad ni los principios constitucionales.

Respecto a la sentencia del Caso *Luth*, se considera acertado el efecto irradiación de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares, estas son las bases de dicha sentencia. No obstante, el órgano federal de justicia alemán pone de relieve una contradicción, ello relacionado con la afirmación de que el sistema objetivo de valores debe prevalecer en todas las esferas del derecho, en lo que se puede incluir al derecho civil, cuyas cláusulas generales, que medien las relaciones entre los particulares deben estar plasmadas en la ley sustantiva, en este caso el Código Civil.¹⁵³

Si se reconociese este efecto de irradiación de los derechos fundamentales, sobre todo el sistema normativo, supone reconocer a su vez el efecto de los derechos fundamentales de manera directa sobre el Derecho privado.

De igual modo el ordenamiento jurídico constituye una unidad, por lo que todo el Derecho se rige tomando como base la norma constitucional. Es por este motivo que los derechos fundamentales no requieren de un punto mediador que les permita su introducción en las relaciones entre particulares, ejemplo de ello son la cláusulas general que rigen dentro del Derecho privado como normas objetivas.

¹⁵² Ibid. 753.

¹⁵³ Bobbio, Norberto, El tiempo de los derechos, (Madrid: Sistema, 2001).

Es así como el efecto jurídico de dichos derechos debe ser directo, normativo y afecta todo el Derecho privado, lo cual puede llegar a modificar las normas existentes en materia jurídico-privada.

Según la corriente defendida por Nipperdey se aprecia una serie de elementos que demuestran el doble carácter de los derechos fundamentales, tanto derechos subjetivos como normas objetivas que juegan un papel fundamental en toda una cadena de valores que conforman el texto constitucional y determinan su carácter, así como la unidad presente en todo ordenamiento jurídico. La Carta Magna es la normativa que rige en todo el sistema jurídico de una nación, además regula los poderes públicos del Estado y de las relaciones de este con los ciudadanos.¹⁵⁴

2.1.2.1.1 Críticas a esta teoría

Esta teoría de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas ha recibido numerosas críticas en la doctrina, se aprecia que parte de aquellas nacen de una posición y razonamiento bastante simplista. Ello se evidencia en afirmaciones donde se dice:

La simple admisión de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre los sujetos privados, el particular tendría la obligación de repartir sus compras entre los distintos tenderos del barrio, o en el caso específico de un arrendador este no podría ser tolerante respecto al retraso en los pagos de uno u otro arrendatario, a ello se suma que no podrían ser mejoradas las declaraciones testamentarias, y que las empresas no tendrían la facultad de prohibir a sus empleados que brindaran sus servicios a entidades de la competencia.¹⁵⁵

En lo expuesto se evidencian afirmaciones carentes de fundamentos objetivos, por lo que puede catalogarse como una crítica simplista. Quadra-Salcedo admite que el reconocimiento de un derecho no presupone su imposición sin matices o limitaciones, vinculado a cualquier tipo de relación jurídica. Es propio de la naturaleza del derecho fundamental, que se pueda articular y relacionar con otros derechos, aunque su aplicación no es exclusiva de otros derechos.

¹⁵⁴ Nipperdey, *Lehrbuch des Burgerlichen Rechts*.

¹⁵⁵ De Asís, Rafael, *Las paradojas de los Derechos Fundamentales como límites al poder*, (Madrid: Dykinson, 2008), 39.

El Tribunal Constitucional español emitió una sentencia referida al derecho de huelga de los trabajadores, y se admite la negativa de que los derechos y libertades solamente estén limitados por otros derechos fundamentales, puesto que estos deben adecuarse a los demás valores, y bienes que se protegen en el texto constitucional.¹⁵⁶ Respecto a las relaciones jurídico-públicas, estos derechos fundamentales tampoco se pueden interponer bajo cualquier medio o en cualquier circunstancia, aunque ello no quiere decir que merme su eficacia en cuanto a estas relaciones, o sea los derechos fundamentales tienen plena eficacia frente a los poderes públicos.

Ferreres Comella se refiere a una comparación entre las tradiciones europeas y norteamericanas en materia constitucional, a raíz de la cual analiza una serie de críticas que se le hacen a la tesis de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares, cuyo criterio analítico constituye una herramienta para vislumbrar los posibles problemas de dicha eficacia en las relaciones privadas.¹⁵⁷ Estas críticas están vinculadas a una serie de aspectos que se analizarán a continuación:

a) La naturaleza de la Constitución

La primera objeción se refiere a que la norma constitucional tiene atribuido un determinado marco material, o sea, regular los principios básicos, que rigen en las relaciones establecidas entre los diferentes órganos que componen el andamiaje estatal y las relaciones de los individuos con el Estado.

En este sentido no se consideran las relaciones entabladas entre los particulares y caen fuera del ámbito constitucional, por lo que resulta responsabilidad del legislador ordinario su regulación y protección. El papel del magistrado también se relaciona con la protección de estos derechos, por medio de la creación del derecho a raíz de la jurisprudencia. Es por este motivo que se afirma que puede desnaturalizarse la Constitución, si se ampliase su ámbito material a la regulación de las relaciones entre particulares.

Cruz Villalón expone que una de las consecuencias del carácter que poseen los derechos fundamentales es que los problemas acaecidos de estos inmiscuyen al texto

¹⁵⁶ Tribunal Constitucional español, [Caso derecho a huelga de los trabajadores], en STC 11/1981, 18 de abril de 1981.

¹⁵⁷ Ferreres, Comella, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares*, (México: Porrúa, 2002).

constitucional, y uno de estos problemas radica precisamente en cuál es la naturaleza de la norma suprema, la cual se centra tanto en el ámbito de su eficacia como en su carácter normativo o programático.¹⁵⁸

Otras opiniones doctrinales, se refieren a que si la función de la Carta Magna, en cuanto a los derechos, es la solución de las controversias en el ámbito político tomando en cuenta determinados valores constitucionales, entonces existirá una presión por reconocer constitucionalmente los conflictos entre los particulares, debido a que las divergencias en la política no solo incluyen los conflictos entre el Estado y los particulares.¹⁵⁹

En lo antes expuesto se advierte una necesidad, que acarrea conflictos en la protección efectiva de los derechos fundamentales, por lo que se reconoce que la concepción amplia del ámbito constitucional llega a satisfacer la necesidad latente de forma natural. Al contrario de ello, la concepción restrictiva, convierte los intereses estatales lo que para el interés público en general son derechos e interés individuales.

No obstante, se mantiene una concepción restrictiva, debido al riesgo de desnaturalización la norma constitucional, donde el problema moral es inferior a la controversia constitucional.

b) La asimetría de los riesgos de error

Con una marcada influencia de las controversias jurídicas derivadas del mundo anglosajón, en la doctrina se expone que al aceptar que no se tiene un problema conceptual, para poder admitir que la Constitución regule las relaciones entre particulares, o sea, que solo se debe incorporar al texto constitucional las normas que regulan aquellas materias sobre la cuales persisten razones para dar a entender que el legislador tiene tendencia a errar.

Esta tendencia es producida fundamentalmente cuando el legislador regula las relaciones dadas entre el Estado y las personas naturales, y no cuando se monitorean las relaciones entre los particulares.

¹⁵⁸ *Ibíd.*

¹⁵⁹ *Ibíd.*

Es un hecho de que la regulación efectuada por el Estado a través del legislador, respecto a las relaciones entre los individuos y el Estado, puede ser catalogado como juez y parte en la controversia que se ha suscitado. Dicha parcialidad puede contribuir a sobreproteger los intereses del órgano estatal en detrimento de los derechos de los particulares. No obstante, cuando se regulan las relaciones entre los particulares, actúa como un tercero imparcial, lo cual disminuye el riesgo de error.

En la doctrina algunos autores han expresado en relación con ello, que cuando una norma regula las relaciones entre particulares, el riesgo de error no desaparece, puesto que todos los ciudadanos ostentan la misma capacidad de influencia sobre el legislador. Es necesario reconocer la presencia de ciertos grupos de presión que puede ejercer una influencia desproporcionada y así obtener una regulación favorable de sus intereses a costa de los intereses de los demás. A ello se suma la existencia de minorías que se encuentran en un estado vulnerable, puesto que sus derechos no son tomados en cuenta de una forma efectiva y adecuada en el ámbito político.¹⁶⁰

Siguiendo la idea antes expresada, el autor Jiménez Campo recalca que un sector de la doctrina norteamericana cataloga de “contramayoritarios” a los derechos fundamentales, por lo que su asimilación en la norma constitucional supone para el legislador una limitante y desconozca el sentido esencial de estos, por lo que el legislador puede llegar a apelar a cualquier clase de intereses, incluso los que poseen un carácter más general.¹⁶¹

A pesar del punto de vista que recoge este sector de la doctrina, que por demás resulta interesante, se entiende que cuestiona la oportunidad e inoportunidad de regular algunos sectores en los que no predomine el riesgo de error del legislador en la norma suprema. Esto no puede ser considerado un argumento suficiente en el momento de razonar e interpretar si en un texto constitucional ya aprobado y promulgado, los derechos fundamentales tienen una eficacia meramente vertical, o también una eficacia horizontal.

c) La seguridad jurídica.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales: Concepto y Garantías*, (Madrid: Dykinson, 2010).

La objeción que existe y demanda a la seguridad jurídica, para desestimar la eficacia horizontal de los derechos constitucionales, es una crítica que tiene profundas raíces en un sector de la doctrina jurídica de Europa Occidental. Esta situación puede guardar relación con la existencia de un factor de inseguridad jurídica latente, que ha sido asumido por tradición jurídica, cuya balanza se inclina a las técnicas de creación judicial del Derecho y por la técnica de control difuso referente a la constitucionalidad de las normas, es decir, la *judicial review*.¹⁶²

Esta crítica también menciona al magistrado y lo que debe apreciar, respecto a los derechos y libertades consagrados en el texto constitucional, en el momento de interpretar aquellas disposiciones que se refieren a las relaciones entre particulares, o sea, el Derecho privado, cuya interpretación aumenta la inseguridad jurídica.

Se han planteado, además, con bastante frecuencia en la doctrina, la colisión entre los derechos fundamentales de dos o más particulares, aplicándose el método de la ponderación en la resolución del conflicto.

En estas situaciones es función del magistrado balancear los derechos contrapuestos, tomando en consideración las circunstancias del caso debe decidir cuál derecho prevalece. Puede llegar a resultar contradictorio en varios casos cuál derecho debe prevalecer. Esta situación acarrea que la normativa de Derecho privado, establecida por el legislador, carezca de firmeza y capacidad para determinar de manera categórica el contenido de la decisión judicial.

Es decir, las reglas existentes de Derecho privado pueden considerarse más flexibles, puesto que el juez ostenta un margen más amplio de discrecionalidad, y los particulares ven disminuida su capacidad de predecir cuál será la decisión judicial. Resulta un problema serio que, en las diversas esferas de la vida cotidiana, en la que

¹⁶² Institución del *common law*, basado en los ideales de sometimiento de las decisiones, al derecho y la constitución, de donde deriva la obligación del juez de corte, de juzgar y declarar judicialmente contrarios a derecho, todos aquellos actos que sean inconstitucionales. Por tanto, Se trata, de la posibilidad de someter todos los actos a la revisión judicial, eludiendo la necesidad de una disposición expresa en la propia Constitución. Aunque la Constitución americana, no contiene una referencia expresa a la revisión judicial, esta figura hace un estudio de las decisiones haciendo una vinculación jurídica a la obligación de cumplir la constitución, fortaleciendo la concreción de ella, para luego pasar al análisis de la función judicial y, particularmente, del deber de juzgar. Ver en: Ramlogan, Rajendra, *Judicial Review in the Commonwealth Caribbean*, (New York: Routledge-Cavendish, 2013)

están presentes las relaciones entre particulares, las leyes no sean lo suficientemente claras o coherentes.

Potro lado, contrapuesto a lo antes expuesto, si hay la certeza y seguridad de la ley frente a la inseguridad de las normas constitucionales y su aplicabilidad en la vía judicial. Con relación a ello se ha expresado que tanto el principio de constitucionalidad como el de legalidad, definen el ámbito de seguridad que ostenta el individuo en cuanto al ejercicio del derecho de libertad.

La existencia de una vasta bibliografía sobre los derechos fundamentales y su eficacia horizontal, y la eficacia normativa de la norma constitucional, pone de manifiesto el carácter estrecho de muchas de las observaciones realizadas en la doctrina respecto a este tema. Hay criterios reiterados sobre el peligro de que la atribución de eficacia a los derechos en la norma suprema incremente el riesgo de desvinculación del magistrado a la ley, así como la politización de la función judicial.

En la doctrina se estima que la objeción de propiciar una inseguridad jurídica radica, constituye una tacha a la que se recurre contra cualquier innovación en la esfera jurídica. No obstante, en lo que se refiere a los derechos fundamentales, esto no ha imposibilitado que dichas innovaciones hayan sido tomadas en cuenta en el transcurso de la historia. Ello está dado en que los derechos fundamentales limitan las funciones estatales, desde un punto de vista jurídico. Esta concepción fue defendida fuertemente frente a la opinión de aquellos que consideraban a los ciudadanos no poseían verdaderos derechos subjetivos frente a los poderes del Estado, y los beneficios que recibían, eran derivados de las propias normas objetivas en su ámbito jurídico.¹⁶³

En el sector más clásico de la doctrina *ius privatista*, resulta una preocupación la sustitución de las reglas detalladas de los Códigos que tienen una amplia tradición en la regulación de las relaciones entre los particulares, por normas constitucionales que pueden llegar a ser más inseguras, a causa de su novedad y fragmentariedad, vinculados a la escueta regulación de los derechos fundamentales. Hesse afirma:

La atribución de una eficacia horizontal a los derechos fundamentales amenaza con entrar en contradicción con la misión de un Derecho privado conforme a las exigencias

¹⁶³ Estrada, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001).

del Estado de Derecho, que debe hacer posible con ayuda de regulaciones claras detalladas y precisas, la modelación de las relaciones jurídicas y la solución judicial a los problemas del caso.¹⁶⁴

En este sentido cabe recordar que la oposición más fuerte sobre la idea de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental de Bonn surgió de los sectores tradicionales de la doctrina *ius privatista*. En definitiva, resulta verdadero que este riesgo de inseguridad jurídica es perceptible y por demás real. En una buena medida está dado por el importante papel que tienen los magistrados en la vía ordinaria, por lo que se hace imprescindible encontrar los mecanismos adecuados que lleguen a reducir dichos riesgos en los límites pertinentes.

d) El riesgo para la libertad individual.

Como una última objeción, respecto a la posibilidad de otorgarle eficacia a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, se estima que la libertad individual se expone a una situación de peligro, una vez que la Constitución no se limite solamente a proteger los derechos individuales frente al Estado, sino que imponga además a los particulares la obligación de respetar los derechos de las demás personas. Dicha objeción proviene de dos posiciones, una conservadora y la otra progresista.

La posición conservadora no comparte que la norma constitucional brinde a los derechos fundamentales de una eficacia frente a los particulares, debido a que no estima conveniente que los derechos de propiedad privada y la libertad de contratación, sean limitados.

En doctrina hay preocupación por el riesgo que supone para la autonomía de la voluntad, la concesión de efectos directos de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones jurídico-privadas. Se considera que esta situación es semejante a una reconsideración del modelo tradicional de la autonomía de la voluntad, y se retoma

¹⁶⁴ Hesse, Konrad, *Manual de Derecho Constitucional: Significado de los derechos fundamentales*, (Madrid: Instituto Vasco de Administraciones Públicas, 1996), 48.

con más fuerza los valores de igualdad y respeto a la dignidad de la persona frente a dicho modelo tradicional.¹⁶⁵

Ello está respaldado, en que los particulares poseen un modelo de igualdad formal en el plano de las relaciones que establecen, por lo que los acuerdos alcanzados por las partes para la regulación de las relaciones se pueden presumir correctos, casi siempre. En cuanto al orden público, el único que podía limitar la libertad de pactos era determinado por los preceptos promulgados a partir de la moral burguesa decimonónica.¹⁶⁶

Dicho esto, se considera que no es aceptable el rechazo de la posibilidad de la existencia de una eficacia directa de los derechos en las relaciones entre los particulares, por el simple hecho del riesgo que presupone a la autonomía de la voluntad, y no hacer referencia alguna a su fundamento constitucional.

Aunque dicha eficacia no es un derecho fundamental, si se puede catalogar como una institución con un afincamiento constitucional, relacionada estrechamente a varios de estos derechos, por lo que debe ser tomada en cuenta cuando se suscitan conflictos con otros derechos fundamentales. Las medidas a adoptar en este caso es la de realizarse la ponderación de bienes y derechos, de forma similar a cuando determinados bienes y derechos colisionan.

La crítica progresista, sostiene que es una obligación de la legislación y no de la norma constitucional, que se reconozcan los derechos frente a los particulares, pues reconocen la presencia de una ruptura en la estructura del principio de libertad, o sea, el principio que distingue el ámbito público del privado. A ello se agrega que si los derechos constitucionales concebidos en un inicio para regir en la esfera pública se amplían al ámbito privado, se elimina la separación entre ambas, considerada muy necesaria.

Como réplica, la constitucionalización de la esfera privada no implica la no subsistencia de diferencias importantes entre ambas esferas. Una vez que un derecho

¹⁶⁵ Rodríguez Paniagua, José María, *Derecho constitucional y Derechos humanos en la revolución norteamericana y la francesa*, (Revista española de Derecho Constitucional N° 19, 1995), 65-90.

¹⁶⁶ *Ibíd.*

fundamental es reconocido en el ámbito público se extiende a la esfera privada. En la práctica es frecuente que suceda que el particular frente al que es dirigido ese derecho es a la vez titular de otros derechos. Este caso suscita a que se produzca un conflicto de derechos, que no es planteado en absoluto en el ámbito público, además de que puede ser resuelto de maneras distintas según las características de cada caso en concreto. La diferencia fundamental radicaría en el contenido específico que ostenta un mismo derecho, el cual será normalmente diferente en correspondencia a la esfera que este dirigido, sea el Estado o un particular.¹⁶⁷

En la crítica que se ha realizado se hace alusión a diversas cuestiones que son importantes y que esta materia reconoce. En un primer lugar, se plantea que mientras que en las relaciones verticales en las que se evidencian los derechos fundamentales, y ostentan la concepción de derechos públicos subjetivos, solo una de las partes que integra la relación, en este caso el ciudadano, es el titular de estos derechos, una vez que la eficacia en contra terceros, y se les dota de esa facultad, la relación en la que se manifiesta dicha eficacia es sustentada entre dos titulares de derechos fundamentales.

Lo anteriormente expresado ha de colocarse en una polémica respecto a si la regulación de los derechos fundamentales en el texto constitucional deviene en el surgimiento de los deberes para los particulares. Hay una posición crítica hacia la eficacia horizontal directa de los derechos fundamentales, se entiende que esta eficacia provoca una sujeción de las conductas de los ciudadanos hacia deberes jurídicos reconocidos en la normativa constitucional.¹⁶⁸

Estos deberes van a estar provistos de sanciones y que conforman un deber jurídico que coloca en un estado de subordinación al ciudadano respecto a determinados elementos valorativos o materiales. Ello está relacionado además con la identificación entre lo político y lo social, los gobernantes y aquellos que son gobernados, los poderes públicos y los ciudadanos, todo esto supone un abandono de la idea clásica del constitucionalismo como un límite del poder, tomando como base la separación del Estado y de la sociedad civil.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Ferreres, Comella, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares*.

¹⁶⁸ Varela Díaz, Santiago, *La idea del deber constitucional*, (Revista Española de Derecho Constitucional No. 4, 1982), 45-69.

¹⁶⁹ *Ibíd.*

Esta tesis puede considerarse no del todo cierta, puesto que el contenido del derecho fundamental, como todo derecho subjetivo, viene respaldado por una serie de garantías, potestades y posibilidades de actuación que la norma constitucional reconoce a los titulares. Estas facultades, al ser manifestaciones del bien jurídico, cuya tutela está encomendada al derecho fundamental, o sea, conforman su contenido que está protegido constitucionalmente.

Un ejemplo de ello es la norma suprema española que es su Art. 9.1 regula la sujeción de los ciudadanos a lo establecido en este texto, el cual no implica en cuanto a los derechos fundamentales, el surgimiento de deberes autónomos, sino el respeto que debe tener cada ciudadano a las garantías y las posibilidades de actuación que estos derechos otorgan a los demás ciudadanos.¹⁷⁰

Se puede citar el caso de que un empresario no pueda despedir a un trabajador por la existencia de una ideología que se derive de un sometimiento a un deber jurídico, reconocido en la Constitución, en el supuesto mencionado no se trata de eso sino no más bien de que se garantiza al trabajador una serie de garantías y facultades de actuación, la cuales no pueden ser violadas por las demás personas, y más aún por su empleador debido a la existencia de una relación contractual en materia laboral.

Otra cuestión que pone de manifiesto la crítica progresista es el papel que posee la labor de ponderación entre los derechos fundamentales, y demás bienes que entrañan y derechos protegidos por el ordenamiento jurídico, además de los riesgos que encierra dicha ponderación, denotando cierta inseguridad jurídica. En última instancia habría que plantearse hasta qué punto los derechos fundamentales en cuanto a su contenido, puede o no ser igual una vez insertados en una relación de derecho público, o cuando se inmiscuyen en las relaciones de carácter jurídico-privadas.

Como se expresó en acápites anteriores ambas teorías, la mediata y la indirecta, deben ser analizadas de manera conciliadora. Es así que en la eficacia mediata el magistrado tomará en cuenta a los derechos como valores objetivos y a partir de este criterio deducirá la influencia de los mismos en cada caso particular. En la eficacia inmediata el juez interpretará estos derechos, como derechos subjetivos y los aprobará

¹⁷⁰ Constitución española, [1978].

tomando como base los principios de idoneidad y necesidad. La importancia radica en la declaración que hace el magistrado respecto a los derechos de cada uno de los litigantes.

Si se diese un determinado caso, y se aplicasen estas teorías, lo que realmente debería importar, independientemente de las diferencias que tienen ambas, es que se resuelva el conflicto existente por medio de una ponderación de los derechos que se enfrentan, donde los resultados serán los mismos, independientemente de cada caso. Ello evidencia que ante un pacto privado que vulnere algún derecho fundamental, se declarará la nulidad de ese acuerdo.

El supuesto de aceptar en el ordenamiento jurídico a los derechos fundamentales como valores objetivos, no conlleva a su desconocimiento como derechos subjetivos, y que como tales tienen efectos en las relaciones privadas. Siguiendo esta línea de pensamiento, Nipperdey opina que: “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales genera una vinculación inmediata, no mediata entre particulares”.¹⁷¹

Otro criterio es que la eficacia inmediata puede ser subsidiaria de la eficacia mediata, en aquellas situaciones en las que el derecho privado no ofrece opción alguna. Para Bockenforde el legislador ostenta el deber de configurar los derechos fundamentales en las relaciones horizontales, pero ante la carencia de una previsión legal se podría proceder a la aplicación directa de los derechos en cada caso.¹⁷²

El objetivo que se persigue por medio de la conciliación de ambas teorías es procurar el efectivo y real ejercicio de los derechos fundamentales en el marco del Estado social, democrático y de derecho en el cual existen y se inscriben.

2.1.2.2 Teoría de Drittwirkung (derecho fundamental frente a terceros) mediata o indirecta

La doctrina ha negado admitir la eficacia directa de los derechos fundamentales, por ello se ha buscado otras alternativas, y, así nace la eficacia mediata. Esta

¹⁷¹ Nipperdey, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 27

¹⁷² Bockenforde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, (Berlín: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993).

concepción defiende que los derechos fundamentales comprometen a los particulares en sus relaciones diarias, pero solo de manera indirecta. Se considera la existencia de una valoración objetiva que es proyectada hacia todo el ordenamiento jurídico, donde el legislador y el magistrado desempeñan un papel muy importante.¹⁷³

No son las relaciones establecidas entre los particulares las que están vinculadas directamente a los derechos fundamentales, sino las normas de derecho privado, surgidas por la función del legislador, o de las resoluciones acaecidas de la función judicial en los casos concretos de disolución de conflictos entre los particulares. Es así como los derechos fundamentales obligan de manera directa a los poderes públicos e indirectamente a las relaciones entre los particulares. La repercusión de estos en el ordenamiento jurídico-privado su repercusión está dirigida como un deber de acción u omisión invocando siempre la vía judicial, pero no de una forma impositiva a los individuos.

Esta postura es la acatada por el órgano judicial alemán y gran parte del sector doctrinal español. Los partícipes de dicha teoría, poseen ciertas coincidencias en sus criterios, ello dirigido a la existencia de dos elementos que prevalecen en la proyección horizontal de los derechos fundamentales. El primero de ellos es la protección del principio de autonomía de la voluntad, como eje en las relaciones entre particulares y como un segundo elemento la defensa de la independencia del ámbito jurídico privado frente al derecho constitucional.

Como bien se expresó en capítulos anteriores de esta investigación, fue Durig el principal impulsor de esta teoría mediata de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Este jurista alemán parte de la concepción de que el principio de garantía en cuanto a la dignidad de la persona, el cual es reconocido en la Ley Fundamental de Bonn, no solo establece un límite respecto a una obligación negativa, potestativa del Estado, o sea, abstenerse de las violaciones de este principio y su relación con otros derechos, sino que constituye base del ordenamiento jurídico.

¹⁷³ Saraza Jimena, Rafael, *Jueces, derechos fundamentales relaciones entre particulares*, (La Rioja: Universidad La Rioja, 2008).

No obstante, Durig plantea otra objeción respecto a la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, considera que esta eficacia directa conllevaría a una estatalización del derecho privado y la pérdida de la esencia de la autonomía privada. Es por este motivo que la función del legislador, en su marco de acción y específicamente en su función conformadora de derecho, está dirigida a la aplicación de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones jurídico-privadas.

El sistema de valores que conforma el ordenamiento jurídico y específicamente en la rama constitucional respecto a los derechos fundamentales, informa al derecho privado, de igual manera que surte efectos para el resto del ordenamiento jurídico. Ello da la medida que el legislador debe tener presente estas condiciones para formular la normativa de derecho privado.

De lo antes expuesto se deduce que es facultad del legislador dar solución a los posibles conflictos que surjan de los derechos fundamentales, en los cuales los particulares ostentan titularidad. Al respecto Hesse afirma lo siguiente:

En la medida en que los derechos fundamentales también han de ser protegidos en el Derecho Privado, lo que puede hacerse particularmente mediante preceptos imperativos, el legislador debe considerar las posiciones jurídico-fundamentales que vengan al caso, correspondientes a ambas partes, y, si coliden, ordenarlas recíproca y proporcionadamente.¹⁷⁴

El orden de valores ha de ser respetado por la interpretación derivada de las normas de derecho privado, no de una forma directa como es el caso de la cláusulas generales recogidas en el Código Civil, las cuales serían puntos de irrupción de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas.

La eficacia de las normas constitucionales está dada por su vinculación a la legislación y a la jurisprudencia. Se entiende que la Constitución es la norma suprema que dirige todo el ordenamiento jurídico, el cual es considerado como un todo. Por lo que los derechos fundamentales son normas que constituyen principio y están presentes en todo el ordenamiento jurídico, no es algo exclusivo del derecho público.

¹⁷⁴ Hesse, *Significado de los derechos fundamentales*, 140.

Acorde a esta teoría de la eficacia horizontal, fueron establecidas dos vías a través de las cuales los derechos fundamentales inciden en el derecho privado. En un primer lugar está presente la acción del legislador, donde las leyes elaboradas de forma democrática a través de los parlamentos toman en consideración los valores objetivos que caracterizan a los derechos fundamentales. Las leyes son los medios adecuados para establecer en este ámbito a los derechos fundamentales en relación con la autonomía de la voluntad.

El actuar del legislador es considerado principalmente como una función creadora, que reconoce los límites impuestos por un derecho fundamental, que en todos los casos ha de ser respetado. El órgano legislativo tiene un amplio margen de actuación en cuanto al desarrollo de las leyes, todo depende del juego ejecutado entre las mayorías parlamentarias, a esto se agrega que la norma constitucional no es la que determina, en un caso específico, el nivel de vigencia que los derechos han de tener en las relaciones privadas.

Los antes expresado es considerado como un margen de maniobra que posee el legislador. Al respecto el órgano constitucional español expresó lo siguiente:

Corresponde por ello al legislador ordinario que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del artículo 53.¹⁷⁵

Los magistrados o jueces, y su actuación, así como los órganos de administración de justicia, pueden interpretar y aplicar el derecho tomando en consideración aquellos valores que son contemplados en los derechos fundamentales. El juez no tiene la potestad de declarar derechos subjetivos catalogados como fundamentales en las relaciones entre particulares, solo tienen en cuenta los valores que estos representan, y su interpretación en el Derecho privado.

¹⁷⁵ Tribunal Constitucional español, [Caso derecho a huelga de los trabajadores], en STC 11/1981, 18 de abril de 1981, 7.

Las cláusulas generales reconocidas por el derecho privado, tales como las buenas costumbres y el orden público suponen conceptos indeterminados y estos deben ser entendidos, tomando como base los valores que exponen los derechos fundamentales. En la teoría de la eficacia horizontal mediata, le corresponde al magistrado por medio de su función jurisdiccional, la concreción de la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones de los sujetos particulares.¹⁷⁶

El órgano de justicia alemán entre los diversos criterios emitidos sobre esta teoría, parte de la consideración de la incapacidad o efectividad de las disposiciones contempladas en la norma constitucional referentes a las relaciones jurídicas entre particulares. Para tratar de evitar la desvinculación entre la norma constitucional y el derecho privado, se introducen una serie de valores constitucionales, en los cuales están presentes los derechos fundamentales, lo cuales van a dotar de un contenido preciso a esas cláusulas generales y aquellos conceptos indeterminados que se evidencian en la ley sustantiva. Es un contenido que el legislador tiende a introducir con el fin de ampliar los márgenes de la ponderación judicial.

Esta teoría trae como resultado que se reconozca el significado objetivo de los derechos fundamentales, lo cual ha sido respaldado por la teoría de los valores (*Wertheorie*), muy popular en la doctrina jurídica alemana. Por lo que los derechos fundamentales, en general, son considerados un sistema de valores, del cual deben tomar conciencia las personas y los órganos estatales, respaldado en el principio de la dignidad humana, el cual prevalece, o se pretende que así sea, en todo el ordenamiento jurídico. Esto debe constituir fuente de inspiración tanto al magistrado como al legislador, en el ámbito del derecho civil.¹⁷⁷

En consecuencia, además de ser considerados derechos subjetivos de defensa, estos derechos fundamentales operan en un ámbito objetivo, puesto que son capaces de incorporar valores, y su protección no se reduce solamente a la naturaleza pública o privada de una relación determinada, sino que poseen una fuerza expansiva especial. Este efecto, catalogado como efecto de irradiación, es una forma de superar la incomunicación que ha existido entre las ramas pública y privada del Derecho. Ello se

¹⁷⁶ Bilbao, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*.

¹⁷⁷ Starck, Christian, *Derechos fundamentales y Derecho Privado*, (Madrid: Alianza Editorial, 2005).

evidencia en la efectividad que tiene sobre todas las normas del ordenamiento jurídico y por lo tanto hacia los poderes públicos del Estado, no limitándose al poder judicial.

Los derechos fundamentales al regir como principios en el ordenamiento jurídico no solo están reflejados en la relación establecida por los particulares con el poder público, sino que afecta las relaciones entre los particulares, por lo que la autonomía de la voluntad es restringida. Como diferencia a lo que defienden los partidarios de la teoría mediata de la eficacia horizontal, el órgano de justicia alemán considera la negativa de que el particular ostente la titularidad de un derecho fundamental en el seno de las relaciones jurídico-privadas.

Fiel reflejo del criterio de este órgano de justicia fue el caso *Luth*, en que se daba solución a un recurso de amparo promovido por el entonces presidente del Club de Prensa de Hamburgo. Este señor fue juzgado por los órganos ordinarios de justicia debido a la incitación a un boicot contrario a las buenas costumbres, tomando como base la norma civil alemana.¹⁷⁸ Se afirma en la sentencia emitida por el tribunal ordinario que ocurrieron manifestaciones públicas incitando a la censura de uno de los films expuestos en un festival cinematográfico, además de la no asistencia del público.¹⁷⁹ Se destaca algunos de los puntos más relevantes emitidos por el órgano de justicia alemán por medio de la sentencia antes mencionada, ellos son:

- La norma constitucional en la regulación de los derechos fundamentales no pretende ser neutral frente a los valores, sino que se posiciona un sistema de valores que tiene su razón de ser en el desarrollo de la personalidad humana de manera libre. A ello se agrega la dignidad que debe prevalecer en el desarrollo de la comunidad social, por lo que este sistema debe regir en todas las esferas jurídicas, tomando en cuenta la civil, Las disposiciones emanadas del ámbito civil no pueden ser interpretadas de manera contraria a la esencia del derecho fundamental.
- Los derechos fundamentales y específicamente su influencia, posee un criterio valorativo, que se sustenta en aquellas en las disposiciones del

¹⁷⁸ Berlin, *Código Civil Alemán*, [1900] Parlamento del Reich, Art. 826.

¹⁷⁹ Tribunal Constitucional Alemán, [Caso Erik Luth], en sentencia BVerfGE 7/198, 15 de enero de 1958.

derecho privado que llevan implícito un derecho imperativo y por lo tanto forman parte del derecho público en un sentido general.

- Para que los valores constitucionales alcancen su plena realización, las cláusulas generales son una herramienta que se emplean en el juicio de la conducta de la persona, así como en medidas meta-civiles o incluso en el ámbito jurídico. Este motivo es el que ha llevado a la calificación de las cláusulas generales como puntos de penetración en los derechos fundamentales dentro del derecho civil.
- Es por medio del mandato constitucional, que el magistrado ha de examinar si las disposiciones civiles están influenciadas por los derechos fundamentales, aspecto que deberá tener en cuenta en la interpretación de estas. Se puede afirmar que el juez de lo civil está vinculado a los derechos fundamentales. Si su actuar se caracterizase por un olvido respecto a la influencia de la Constitución sobre las normas civiles, esta conducta sería contraria a derecho, y a esto se puede agregar que como exponente de un poder público concurre en la violación del respeto que posee el particular como titular del derecho fundamental. Contra la sentencia emitida por un juez se puede concurrir al órgano constitucional en queja constitucional, en la legislación española esto se reconoce como recurso de amparo.¹⁸⁰

En la sentencia emitida en el caso *Luth*, el órgano de justicia federal alemán censuró al órgano judicial inferior, debido a que no tomó en cuenta las modificaciones del derecho privado que son producto de la conexión existente con aquellas normas que respaldan los derechos fundamentales y las libertades públicas. Se puede afirmar que se reservó la facultad de controlar el acierto de los órganos ordinarios de justicia en relación con la medición del efecto de irradiación de los derechos fundamentales en la esfera civil.

Respecto a la actuación del órgano alemán de justicia, algunos autores consideran que si bien este tribunal considera que los derechos fundamentales no solamente se interponen ante los poderes públicos, el mismo desecha la vigencia inmediata y de manera incondicional de las relaciones entre los particulares. En este

¹⁸⁰ *Ibíd.*

sentido, aunque en el análisis que el Tribunal de Justicia alemán, se amplía el área de incidencia de los derechos fundamentales, esta extensión solo es realizada en el ámbito de los valores, cuya dimensión el magistrado deberá de interpretar, y no tomando en cuenta la calidad de los mismos como derechos subjetivos. El magistrado en su rango de acción no ostenta la facultad de reconocer la oponibilidad *erga omnes* del derecho subjetivo constitucional. Su actuar se limita a la ponderación de los bienes e intereses tomando en cuenta el efecto de irradiación.¹⁸¹

Es así como, los derechos fundamentales actuarían en la práctica judicial en calidad de meros informantes de los parámetros interpretativos, a lo cuales se acude, cuando existen lagunas legales. Esta influencia podría caracterizarse por ser correctora en el ámbito interpretativo de las normas, relacionada a todos los derechos constitucionales y principios generales del Derecho.

Se llega a afirmar que esta influencia puede afectar las disposiciones de derecho privado que contienen las reglas rectoras y forman parte del orden público, en un sentido amplio tal como se expresó anteriormente en el caso *Luth*.

Existen críticas a la tesis de la irradiación, en el caso *Luth* los derechos fundamentales poseen una eficacia mediata en las relaciones privadas, que se refleja en el vínculo que tiene el legislador al elaborar las leyes de derecho privado en relación a los derechos fundamentales. Este criterio responde a la consideración de que la Carta Magna es una norma superior respecto al derecho privado. Además de que en la práctica las leyes sólo poseen eficacia si son aplicadas por la vía jurisdiccional. De acontecer errores o violaciones en materia procesal existe la posibilidad de impugnar las decisiones de los tribunales ordinarios, ante los órganos superiores de justicia.¹⁸²

En la doctrina española, se defiende la tesis de que los derechos fundamentales y libertades se vinculan de forma inmediata a los poderes públicos, y respecto a los particulares y sus relaciones la vinculación sería mediata, por medio de la ley y las cláusulas generales que impone el derecho civil.¹⁸³

¹⁸¹ Bilbao, La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares.

¹⁸² Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*,

¹⁸³ Rubio Llorente, Francisco, El recurso de amparo constitucional, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995).

Se dispone en coordinación con la línea trazada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, que las cláusulas generales del derecho privado constituyen normas de delegación al magistrado por parte del legislador, con el fin de que el segundo aplique correctamente la norma al caso concreto.

3.4. Concepto

La acción de protección puede definirse como lo hace Bidart Campos: “el mecanismo jurisdiccional destinado a tutelar los derechos y libertades que escapan a la protección judicial de otras garantías específicas”.¹⁸⁴ Es decir, constituye una modalidad de actuación del poder judicial, destinada a proteger derechos básicos, identificados con las libertades o garantías individuales que las constituciones prevén dentro del ordenamiento jurídico. Manuel Osorio, citado por Falconí, al referirse al amparo constitucional señala:

Es una institución que tiene su ámbito dentro de las normas del Derecho Público o Constitucional y que va encaminada a proteger la libertad individual o patrimonial de las personas cuando han sido desconocidas o atropelladas por una autoridad pública no judicial, que actúe fuera de sus atribuciones legales o excediéndose en ellas, generalmente vulnerando las garantías establecidas en la Constitución o los derechos que ella protege.¹⁸⁵

Para Ordoñez “el amparo es [...] un derecho subjetivo público, consistente en la facultad de que se halla investida la persona para recurrir a las autoridades judiciales a fin de que tomen las medidas necesarias para proteger derechos fundamentales constitucionalmente garantizados”.¹⁸⁶

Por otra parte, Humberto Nogueira conceptualiza la acción de protección, como:

Un derecho esencial de la persona humana a la tutela jurisdiccional, dentro de un proceso constitucional, a través de un procedimiento rápido y eficaz en protección de los derechos constitucionales, ante actos u omisiones arbitrarios o ilegales a través de los cuales una persona sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio

¹⁸⁴ Didart, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, (Buenos Aires: Ediar, 2000), 371.

¹⁸⁵ Falconí José, *El Juicio Especial por la Acción de Amparo Constitucional*, 3ra Edición, (Quito: Editorial Rodín, 1999), 112

¹⁸⁶ Ordoñez, Hugo. *Hacia el Amparo Constitucional en el Ecuador*, (Quito: Pudeleco, 1995).

de los derechos fundamentales y de las garantías expresamente señalados en la Carta Fundamental, a través de un procedimiento especial, breve y sumario, ante la Corte de Apelaciones respectiva, la cual puede actuar inquisitorialmente, encontrándose habilitada para tomar todas las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y para asegurar la debida protección del agraviado.¹⁸⁷

De forma general la acción de protección es una garantía dispuesta como mecanismo judicial para la protección de derechos humanos o fundamentales. Este mecanismo específico de defensa tiene la función principal de tutelar los derechos humanos frente a las actuaciones del Estado y, en muchos ordenamientos jurídicos, frente a privados, puesto que comprende la protección de los derechos subjetivos de carácter fundamental.¹⁸⁸

Si bien la acción de protección es equiparable a la acción de tutela o amparo en el derecho comparado latinoamericano, presenta matices diversos en cada país de los cuales se extrae como principales elementos los siguientes:

- Está encaminada a la protección de los derechos fundamentales de las personas.
- Constituye una garantía, parte componente de los derechos fundamentales de las personas a la tutela jurisdiccional.
- Se dirige contra actos u omisiones arbitrarias e ilegales.
- Su fin es el de restablecer el imperio del derecho a la debida protección del agraviado.
- Compone un proceso constitucional, especial, sumario, rápido y eficaz.

Las diferentes disposiciones constitucionales de la acción de protección obligan a hacer una determinación especial de acuerdo con el sistema jurídico de que se trate puesto que en los diferentes ordenamientos jurídicos posee particularidades propias e, igualmente, procedimientos propios. Al mismo tiempo se encuentran procedimientos

¹⁸⁷ Nogueira, Humberto. “El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano” Revista *Ius et Praxis* N°13, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca. (2016): 81.

¹⁸⁸ Casal, Jesús, *Los derechos Humanos y su protección: estudios sobre derechos y derechos fundamentales*, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008).

diferentes con ciertas limitaciones y amplitudes. Sin embargo, para realizar un estudio comparativo entre las diferentes legislaciones, su admisibilidad y restricciones, se partirá haciendo un análisis en el aspecto histórico de esta acción desde sus orígenes.

El inicio de esta secuela de los derechos fundamentales frente a terceros comienza en Alemania en 1950, con Hans Nipperdey, quien publicó un trabajo que trata sobre “igual salario de la mujer para igual prestación”, en el cual sostenía que los derechos fundamentales vinculan de manera directa a las relaciones jurídicas entre particulares, por lo que al dársele al trabajo de la mujer menos salario que a un hombre por la misma prestación, se estaba vulnerando el principio de igualdad.¹⁸⁹

Es de tener en consideración que, en muchos ordenamientos, la actividad de los tribunales constitucionales se caracteriza, precisamente, por su jurisprudencia en materia de derechos de la persona. Como lo ha subrayado Cappelletti, el juez constitucional es: “el juez de la libertad”. Además, las decisiones principales de los tribunales constitucionales han constituido una piedra angular en la evolución del Estado de derecho y de la costumbre.¹⁹⁰

La disposición de tribunales constitucionales que pueden amparar a las personas frente a violaciones de derechos fundamentales, según palabras de Paladin, citado por Rolla, responde a que:

En todos los ordenamientos que se caracterizan por una Constitución rígida y extensa sucede que los derechos se garantizan por vía jurisdiccional frente a cualquier tipo de violación de los mismos. Es sobre todo por este motivo, por lo que en muchos Estados funcionan Cortes o Tribunales Constitucionales.¹⁹¹

La acción de amparo históricamente se concibió como una garantía frente al Estado y contra las actuaciones ilegítimas y arbitrarias de las autoridades y funcionarios públicos. Paulatinamente y, en especial después de la famosa sentencia

¹⁸⁹ Saraza, Rafael, Jueces, *Derechos fundamentales relaciones entre particulares*, (La Rioja: Universidad La Rioja, 2008).

¹⁹⁰ Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional y Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, (México DF: Porrúa-UNAM, 2007).

¹⁹¹ Rolla, Giancarlo, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, (Lima: Grijley, 2010), 42.

de la Corte Suprema de la Nación Argentina en el caso Samuel Kot de 1958, este derecho fue admitido frente a actos de particulares en algunas legislaciones.¹⁹²

Lo manifestado deriva de lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos referente a la Protección Judicial que indica:

1.-Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2.-Los estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y, b) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.¹⁹³

En este contexto no son diferentes los conceptos contenidos en la Declaración de Antigua sobre la justicia constitucional (Guatemala, 1992), al considerar que la existencia de una justicia constitucional se ha convertido en un elemento esencial de la garantía de la libertad y de los demás derechos fundamentales.¹⁹⁴

Por lo antes expuesto se concluye que la garantía constituye parte esencial y condición indispensable para la existencia de un derecho, pues no se puede hablar de derechos si las posiciones subjetivas de la persona no se encuentran protegidas eficazmente. Generalmente se admite que para evitar que el reconocimiento de los derechos de la persona se reduzca a una mera expectativa, desprovista de efectividad, se genere sistemas fuertes de garantía sustancial que avalen su eficacia.

La existencia del vínculo entre el reconocimiento de un derecho y la tutela jurisdiccional por parte de un tribunal constitucional conlleva a situarlo como el elemento principal que distingue los derechos de la persona como categoría y por el contrario a utilizar la ausencia de una efectiva justicia como el parámetro que sirve

¹⁹² Corte Suprema de la Nación Argentina, [Caso Samuel Kot] en Fallo 241:291 Amparo contra actos de particulares, 24 de julio de 1958.

¹⁹³ OEA, *Convención Americana de Derechos Humanos*, San José, (1969), Art. 25.

¹⁹⁴ OEA, *Declaración de Antigua sobre la Justicia Constitucional*, Antigua, (1992).

para diferenciar los derechos fundamentales de aquellos que no pueden ser considerados como tales.

Una tutela orgánica de los derechos reconocidos y garantizados necesita de la justicia constitucional, que se confirma como el principal tribunal de los derechos y de las libertades desde la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Europa y Norteamérica y en las nuevas cartas constitucionales de Europa Oriental, Centroamérica, Sudamérica y África, así como en la codificación de amplios catálogos de derechos de la persona.¹⁹⁵

Si bien es cierto que la denominación “recurso de protección” es propia del Derecho Chileno, no es menos cierto que en otros ordenamientos jurídicos a nivel de Derecho Comparado también encuentran otras figuras que tienen por objeto la tutela de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en otros países de Latinoamérica, como Argentina, se cuenta con el “recurso de amparo” para proteger esta clase de garantías y derechos. En Venezuela se plantean la acción de amparo constitucional, en México se contempla el juicio de amparo; en el Derecho Brasileño existe el *mandado de segurança* o mandamiento de seguridad.

En Europa, una institución similar al “recurso de protección” puede encontrarse en la figura jurídica del *référé* que contemplan los ordenamientos francés y belga y que consiste en una especie de prolongación de los interdictos posesorios, que busca proteger derechos en forma urgente y provisional. En efecto, el Código de Procedimiento Civil francés la define como:

Una decisión provisional dada a petición de una parte, estando presente la otra o notificada, en los casos en que la ley confiere a un juez que no conoce de lo principal el poder de ordenar inmediatamente las medidas necesarias.¹⁹⁶

2.3. La situación de la acción de amparo contra particulares en el Derecho Latinoamericano.

En ese contexto de la disposición o no de la acción de protección, concurren ordenamientos jurídicos que aceptan el recurso contra actos de los particulares que

¹⁹⁵ Rolla, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*.

¹⁹⁶ París, Código de Procedimiento Civil Francés, [1976], Parlamento Francés, Art. 484.

lesionan derechos garantizados constitucionalmente de manera amplia. Otras legislaciones imponen límites concretos y de hecho existen sistemas jurídicos que los restringen totalmente.

En Latinoamérica, países como Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela admiten en su engranaje jurídico la acción de amparo contra particulares. Por otro lado, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Honduras la admiten de forma restringida.¹⁹⁷

Los países en los cuales la acción de amparo permanece restringida y es oponible solo respecto de autoridades y funcionarios, excluyéndose totalmente contra particulares y representando una garantía judicial sólo frente al Estado y sus autoridades son: Brasil, El Salvador, México, Nicaragua y Panamá.¹⁹⁸

2.3.1 Países donde se admite de manera general la acción de amparo contra particulares

2.3.1.1 Argentina

En el caso Samuel Kot, la Corte Suprema de la Nación Argentina aceptó el recurso de amparo contra actos de particulares, habiéndose sostenido que nada hay en la letra ni el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los derechos constitucionales está circunscrita a los ataques que provengan solo del Estado, puesto que, y así sostuvo el Alto Tribunal, que lo que se tiene principalmente en vista, no es tanto el origen de la lesión a los derechos constitucionales como éstos en sí mismos, pues no se atiende a los agresores como a los derechos agredidos. En este sentido, a partir de dicho caso, la Corte Suprema de la Nación y en general los Tribunales de Argentina, han venido admitiendo en forma reiterada y uniforme la procedencia del Amparo contra actos de particulares¹⁹⁹.

Sin embargo, de lo anteriormente indicado, la Ley N° 16.986 de 1966 de Argentina, en su Art. 1, sólo reguló el amparo contra actos del Estado, es decir, “contra

¹⁹⁷ Brewer-Carias, Allan, *Leyes de Amparo América Latina*, (México: Poder Judicial del Estado de México, 2009).

¹⁹⁸ *Ibíd.*

¹⁹⁹ Maraniello, P. *El amparo en la argentina evolución, rasgos y características especiales*, [2014], Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

todo acto u omisión de autoridad”, por lo que el amparo contra actos de particulares se ejerce conforme a lo previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, los cuales establecen:

Art. 321. Será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 498:

2) Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada esta vía acelerada de protección.²⁰⁰

En los casos en que se promoviese juicio sumarísimo, presentada la demanda, el juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida, resolverá de oficio y como primera providencia si correspondiese que la controversia se sustancie por esta clase de proceso. Si así lo decidiese, el trámite se ajustará a lo establecido para el proceso ordinario, con estas modificaciones:

Con la demanda y contestación se ofrecerá la prueba y se agregará la documental.

No serán admisibles excepciones de previo y especial pronunciamiento, ni reconvención.

Todos los plazos serán de tres días, con excepción del de contestación de demanda, y el otorgado para fundar la apelación y contestar el traslado memorial, que será de cinco días.

Contestada la demanda se procederá conforme al artículo 359. La audiencia prevista en el artículo 360 deberá ser señalada dentro de los diez días de contestada la demanda o de vencido el plazo para hacerlo.

No procederá la presentación de alegatos.

Sólo serán apelables la sentencia definitiva y las providencias que decreten o denieguen medidas precautorias. La apelación se concederá en relación, en efecto

²⁰⁰ Buenos Aires, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, [1981], Congreso de la Nación.

devolutivo, salvo cuando el cumplimiento de la sentencia pudiese ocasionar un perjuicio irreparable en cuyo caso se otorgará en efecto suspensivo.²⁰¹

Lo dispuesto en las citadas disposiciones legales, confirma el ejercicio de este derecho, así como también se justifica la celeridad en la actuación judicial en este tipo de trámites.

2.3.1.2 Bolivia

En el caso de Bolivia, su Constitución en el Art. 19 consagra con toda amplitud, la posibilidad del ejercicio del Recurso de Amparo: “contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes”, e incluso establece el procedimiento y los legitimados activos para su válida interposición, conforme se transcribe:

3. Fuera del recurso de “habeas corpus” a que se refiere el artículo anterior, se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes.

II. El recurso de amparo se interpondrá por la persona que se creyere agraviada o por otra a su nombre con poder suficiente -salvo lo dispuesto en el Art. 1291 de esta Constitución-, ante las Cortes Superiores en las capitales de Departamento y ante los Jueces de Partido en las provincias, tramitándose en forma sumarísima. El Ministerio Público podrá también interponer de oficio este recurso cuando no lo hubiere o no pudiese hacerlo la persona afectada.

III. La autoridad o la persona demandada será citada en la forma prevista por el artículo anterior a objeto de que preste información y presente, en su caso, los actuados concernientes al hecho denunciado, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

IV. La resolución final se pronunciará en audiencia pública inmediatamente de recibida la información del denunciado y, a falta de ella, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca el recurrente. La autoridad judicial examinará la competencia del funcionario o los actos del particular y, encontrando cierta y efectiva la denuncia, concederá el amparo solicitado siempre que no hubiere otro medio o recurso legal para

²⁰¹ *Ibíd.* Art. 498.

la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados, elevando de oficio su resolución ante el Tribunal Constitucional para su revisión, en el plazo de veinticuatro horas.

V Las determinaciones previas de la autoridad judicial y la decisión final que conceda el amparo serán ejecutadas inmediatamente y sin observación, aplicándose, en caso de resistencia, lo dispuesto en el artículo anterior.²⁰²

De igual manera la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, al tratar sobre Acción de Amparo Constitucional menciona:

Objeto-La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidas de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado y la ley.²⁰³

2.3.1.3 Chile

En el caso de Chile, su Constitución establece que esta garantía se regula para proteger ciertos derechos y libertades constitucionales contra actos u omisiones arbitrarias o ilegales que produzcan perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de estos. No se hace una distinción respecto al origen de las acciones. Esto llama profundamente la atención, puesto que lo indicado demuestra que no existe una ley sobre el recurso de protección en Chile, por lo que se lo admite indistintamente contra actos u omisiones de la autoridad o funcionarios públicos o de algún particular.²⁰⁴

Siendo que, en atención a la falta de disposición procesal respecto de la interposición del recurso, se emitió sentencia que reguló la fórmula procesal para el tratamiento de dicho recurso de protección de garantías constitucionales, lo cual se realizó por medio del auto acordado del 24 de junio de 1992, el cual ha sufrido variaciones en el año 1998 y 2007, pero solo de forma.²⁰⁵

²⁰² Constitución Política del Estado de Bolivia, [2009], ([La Paz]: Congreso Nacional), Art. 19.

²⁰³ La Paz, Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional- Ley 027, [2010], Congreso Nacional, Art. 73.

²⁰⁴ Constitución Política de la República de Chile, [1981], ([Santiago de Chile]: Congreso Nacional), Art. 20.

²⁰⁵ Corte Suprema de Justicia, [Auto Acordado de la Corte Suprema], en Diario Oficial de la República de Chile, 27 de junio de 1992, 24 de junio de 1992.

2.3.1.4 Perú

En Perú se admite la acción de amparo contra actos de particulares, pues su Constitución establece “la acción de amparo protege los demás derechos reconocidos por la Constitución (con excepción de la libertad individual amparable mediante la acción de hábeas corpus) que sean vulnerados o amenazados por “cualquier autoridad, funcionario o persona”.²⁰⁶ Lo expuesto es acogido en el Código Procesal Constitucional de 2004. Así, dicho artículo establece la procedencia del amparo de la siguiente manera:

Los procesos constitucionales de Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data proceden cuando se amenace o violen los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, esta debe de ser cierta y de inminente realización. El proceso de cumplimiento procede para que se acate una norma legal o se ejecute un acto administrativo.²⁰⁷

2.3.1.5 República Dominicana

La más reciente ley de amparo en Latinoamérica fue la promulgada en el año 2011 en República Dominicana, la que viene a sustituir la norma del 2006 que disponía la acción de amparo contra particulares al indicarse en el Art. 1 de la Ley 437-06 lo siguiente:

La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de una autoridad pública, o de cualquier particular, que en forma actual o inminente y con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, lesione, restrinja, altere o amenace los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la constitución de la libertad individual, tutelada por el Hábeas Corpus.²⁰⁸

Luego para el año 2011, la ley 137-11 viene a regular el procedimiento necesario y los requisitos para la interposición de un recurso, de tal manera que la persona que se sienta vulnerado en sus derechos deberá identificar plenamente la

²⁰⁶ Constitución de la República del Perú, [2000], ([Lima]: Congreso de la República del Perú), Art. 200.

²⁰⁷ Lima, Código Procesal Constitucional- Ley No. 28237, [2004], Congreso de la República del Perú, Art.2

²⁰⁸ Santo Domingo, Ley No. 437-06, [2006], Congreso Nacional, Art. 1.

jurisdicción que será competente, en virtud de la materia en y la competencia del tribunal, estableciendo términos y plazos que garanticen un proceso justo, que esclarezca con celeridad si ocurrió tal transgresión de derechos y el cese de tal condición.

En la ley 137-11 se disponen las formalidades a cumplir para interponer el recurso y sea este admitido:

La acción de amparo se intentará mediante escrito dirigido por el reclamante al juez apoderado y depositado en la secretaria del tribunal, acompañado de los documentos y piezas que le sirven de soporte, así como de la indicación de las demás, pruebas que pretende hacer valer, con mención de su finalidad probatoria.²⁰⁹

El cuerpo legal, mantiene las características de la posibilidad de la interposición de recursos por violaciones de derechos entre particulares, los cambios en este sentido se concentran mayormente en el procedimiento, creando un procedimiento autónomo e independiente, separado del proceso común, que cumple con el requerimiento de un procedimiento expedito y célere propio de la urgencia que representan el tema de que se trata, desprovisto de formalismos innecesarios.

2.3.1.6 Uruguay

Respecto del amparo, en Uruguay la doctrina manifiesta que el fundamento del instituto surge directamente del artículo 7 de la constitución,²¹⁰ que establece:

Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.²¹¹

Esto, con la interpretación sistemática en concordancia con los artículos 72 “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye

²⁰⁹ Santo Domingo, *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales*, Ley 137-11, [2001], Congreso Nacional, Art. 76.

²¹⁰ Espiell H; Gallicchio E, *La evolución político-constitucional de Uruguay entre 1975 y 2005*, [2008], Uruguay: Estudios Constitucionales, Año 6, N° 2, 2008, pp. 399-433

²¹¹ Constitución de la República Oriental del Uruguay, [1967], ([Montevideo]: Parlamento de Uruguay), Plebiscito 27 de noviembre de 1967, Art. 7.

los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”²¹² y 332 que reza:

Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas²¹³

En este sentido, se promulgó la Ley 16011,²¹⁴ que establece la acción de amparo como garantía fundamental para el respeto del Estado de derecho, integrando acciones con la finalidad de protección de derechos y de restablecimiento de los mismos, de acuerdo al fondo de los asuntos que se le planteen, descartando pretensiones y excepciones procesales por razones de forma, estableciendo de tal manera, la favorabilidad²¹⁵ de la acción de amparo, con la cual son alcanzados la totalidad de los derechos humanos, esto es, los derechos de la 1ª. 2ª. y 3ª. generación que surgen expresa o implícitamente del marco constitucional. Ello surge de la fórmula amplia de los artículos 72 de la constitución y el primero de la Ley 16011.²¹⁶

En el marco de esta ley, se establece que la legitimación activa²¹⁷ y pasiva de la causa a conocer sobre las vulneraciones de derechos por medio de la acción de amparo:

Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, podrá deducir la acción de amparo contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares que en forma actual o inminente, a su juicio, lesione, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de sus derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución artículo 72, con excepción de los casos en que proceda la interposición del recurso de “habeas corpus”.

²¹² *Ibíd.* 72.

²¹³ *Ibíd.* 332.

²¹⁴ Montevideo, Ley 16011 Acción de Amparo, [1988], Asamblea General.

²¹⁵ Interpretación favorable hacia la acción de amparo.

²¹⁶ Flores, Rubén, Constitución de la República Oriental de Uruguay de 1967, anotada, actualizada y concordada, (Montevideo: Amilío Fernández, 2010).

²¹⁷ La legitimación no como una condición de admisibilidad, sino más bien como el derecho de fondo que le corresponde ser tutelado. Destacando que se está legitimando no sólo el que posee un derecho subjetivo, sino además al que detente un interés legítimo o difuso.

La acción de amparo no procederá en ningún caso:

- a) Contra los actos jurisdiccionales, cualquiera sea su naturaleza y el órgano del que emanen. Por lo que refiere a los actos emanados de los órganos del Poder Judicial, se entiende por actos jurisdiccionales, además de las sentencias, todos los actos dictados por los Jueces en el curso de los procesos contenciosos;
- b) Contra los actos de la Corte Electoral, cualquiera sea su naturaleza;
- c) Contra las leyes y los decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción.

Esto abre la posibilidad de actuar como demandantes de una acción de amparo a las personas públicas o privadas, físicas o jurídicas, a las que se imputa la comisión del acto, hecho u omisión. Por otra parte, como legitimado pasivo, es importante destacar la posibilidad de demandar por vía de amparo contra los particulares. Especial esta circunstancia, ya que es cónsona con la tendencia a esta persiga el interés general y el bien común de los ciudadanos, sin menoscabo de los derechos individuales de cada uno, en equilibrio de estos.²¹⁸

Asimismo, se establece la prohibición de conocer por vía de acción de amparo, respecto de: los actos jurisdiccionales dictados por órganos ajenos al sistema orgánico Poder Judicial, como por ejemplo los juicios políticos, la jurisdicción militar, así como lo emanado de la Corte Electoral, pues evidentemente estará bajo este supuesto, así como lo emanado del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Admitiendo cualquier otra acción frente a situaciones entre particulares, lo cual se extrapola de la falta de prohibición directa, respecto de los sujetos procesales. Siendo de este modo prohibida respecto a las decisiones de un tribunal del arbitraje, en virtud que es un órgano distinto al poder judicial.

2.3.1.7 Venezuela

En ese país, la protección que puede otorgar el juez de amparo al goce y ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, no sólo se plantea frente a

²¹⁸ Flores, Rubén, *Tratado de derecho administrativo*, (Buenos Aires–Montevideo: La Ley, 2010).

acciones públicas que puedan perturbar derechos, sino también frente a las perturbaciones que puedan provenir de otros particulares o personas morales.

El objeto del amparo son las lesiones de derechos constitucionales, establecidos en el Título III de la carta magna, que dispone la protección de los Derechos humanos, Garantías y Deberes tal como se transcribe a continuación:

El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.²¹⁹

Dichas transgresiones, pueden corresponder en cuestión de temporalidad a lesiones, pasadas, presentes o inminentes, siempre que el agraviante tenga la capacidad jurídica para producir la lesión, es decir, que tenga el poder para lesionar, así lo dispone la Ley Orgánica de Amparo y garantías Constitucionales:

La acción de amparo procede contra cualquier hecho, acto u omisión provenientes de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal. También procede contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados por esta Ley.²²⁰

Se entenderá como amenaza válida para la procedencia de la acción de amparo aquella que sea inminente. Otro aspecto importante, corresponde a las modalidades de amparo que se pueden accionar, entre las cuales se establecen:

- *Contra ciudadanos*: Procede contra cualquier persona natural o jurídica, grupos u organizaciones privadas.²²¹

²¹⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, [1999], ([Caracas]: Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860), 30 de diciembre de 1999, Artículo 19.

²²⁰ Caracas, Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, Gaceta Oficial N° 34.060 [1988], Congreso de la República, Art. 2

²²¹ *Ibíd.*

- *Contra Norma*: Procede contra cualquier norma que colide con la Constitución la acción de amparo se puede ejercer con la acción de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos normativos.²²²
- *Contra Sentencia*: Procede cuando cualquier tribunal de la República, actúe fuera de su competencia o dicte resolución o sentencia que lesione un derecho constitucional. Conoce en este caso el superior: si es amparo contra la sentencia de 1era instancia conocerán las Cortes; si es contra la sentencia emitida por la Corte conocerá la Sala Constitucional.²²³
- *Contra actos administrativos*: procede también contra todo acto administrativo vías de hecho, actuaciones materiales, abstenciones u omisiones que violenten derechos constitucionales.²²⁴

La modalidad del amparo determina la competencia. Además de esas modalidades, por vía jurisprudencial se han creado los amparos:

- *Amparo contra amparo*: lo crea la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema, se interpone amparo contra la sentencia que ha negado el amparo interpuesto, pero éste segundo amparo para que sea admitido debe versar sobre lesiones de derechos constitucionales diferentes a las lesiones contempladas en el primer amparo que fue negado, y además siendo su naturaleza procesal.²²⁵

Esta amplia gama de posibilidades da como resultado la posibilidad cierta de ejercer las acciones de amparo, entre particulares, rebasando la barrera del Estado como posible transgresor de derechos constitucionales y de la actuación entre privados.

2.3.2 Países que admiten la acción de amparo contra particulares en forma restringida

En los ordenamientos jurídicos de los países indicados a continuación, incluido el Ecuador, la acción de amparo se admite contra particulares en forma restringida,

²²² Ibíd. Art. 3.

²²³ Ibíd. Art. 4.

²²⁴ Ibíd. Art. 5

²²⁵ Sala Constitucional, [Amparo contra Amparo], en Sentencia N° 420, 27 de febrero de 2003.

siendo este tipo de recursos ejecutado mayormente por empresas que son concesionarias de una actividad pública. A continuación, se hará una referencia breve a cada uno de ellos.

2.3.2.1 Colombia

La Constitución de Colombia admite la acción de tutela, básicamente como un medio de protección contra la acción o la omisión de cualquier autoridad. Sin embargo, la Constitución remite a la ley en cuanto al ejercicio de la acción de tutela contra particulares en la forma siguiente:

La Ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.²²⁶

La acción de tutela en el ámbito colombiano tiene un carácter informal. Su propia naturaleza riñe con toda exigencia sacramental que dificulte el sentido material de la protección que la Constitución quiere brindar a las personas. De la forma que se encuentra concebida la acción de tutela no demanda técnicas procesales ni requisitos formales propios de especialistas, ya que su función no puede asimilarse a la que cumplen las acciones privadas en los esquemas ordinarios previstos por el sistema jurídico, sino que corresponde a la defensa inmediata de los derechos fundamentales. Su papel es ante todo el de efectivizar las garantías constitucionales y, por tanto, es de su esencia el carácter sustancial de su fundamento jurídico.

La instauración no da lugar al rigor formalista de los procesos ordinarios ni se puede convertir su admisibilidad y trámite en ocasión para definir si se cumplen o no los presupuestos procesales o fórmulas sacramentales, ya que con ella no se busca establecer una *litis* sino acudir a la protección oportuna de la autoridad judicial cuando un derecho fundamental es lesionado u objeto de amenaza. Así se consideró desde el comienzo en la Asamblea Nacional Constituyente, en el cual los delegatarios

²²⁶ Constitución Política de la República de Colombia, [1991], ([Bogotá]: Congreso General de Colombia), Art. 86.

recalaron: “Estamos frente a un mecanismo excepcional y sumario para una protección inmediata de los derechos”²²⁷

En este sentido, el Decreto No. 2.591 regula en cuanto a la Acción de Tutela contra las Acciones u Omisiones de Particulares, establece que procederá en los siguientes casos:

1. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución.
2. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía.
3. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos domiciliarios.
4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.
5. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar el artículo 17 de la Constitución.
6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del hábeas data, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución.
7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá incorporar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren en eficacia de la misma.
8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.

²²⁷ Escrucería, Iván, Tutela y vías de hecho. Documento preparado por la Relatoría de la Corte Constitucional, (Bogotá: Corte Constitucional, 2006).

9. Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicita la tutela.²²⁸

2.3.2.2 Costa Rica

La legislación de Costa Rica admite la acción de amparo contra actos de particulares, pero sólo si éstos se encuentran cumpliendo actos de autoridad. Si bien la Constitución no distingue la admisibilidad del recurso, en su Art. 48,²²⁹ la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en su Art. 57, limita el amparo contra sujetos de derecho privado, al indicar:

El recurso de amparo también se concederá contra acciones u omisiones de sujetos de derecho privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos y libertades a que se refiere el artículo 2, inciso a de esta Ley.²³⁰

Es decir, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica, que podrán ser conocidos por amparo, se limitarán a los privados, en atención a potestades o funciones públicas. Estrechando, el canal para la interposición de acciones de amparo entre privados y /o particulares.

2.3.2.3 Guatemala

El caso de Guatemala, el recurso de amparo contra actos de particulares procede en ciertos casos, conforme se regula en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la misma que establece que: “Podrá también recurrirse en amparo contra entidades sostenidas con fondos del Estado, creadas por Ley o concesión, o las

²²⁸ Bogotá, *Decreto 2591*, [1991], Presidencia de la República, art. 42.

²²⁹ Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como los de carácter fundamental establecido en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República.

²³⁰ San José, *Ley de la Jurisdicción Constitucional de la República de Costa Rica*, [1998], Senado de la República,

que actúen por delegación de los órganos del Estado en virtud de contrato, concesión o conforme a otro régimen semejante.”²³¹

En este sentido, continúa el artículo que: “podrá solicitarse amparo contra entidades a las que debe ingresarse por mandato legal y otras reconocidas por Ley, tales como partidos políticos, asociaciones, sociedades, sindicatos, cooperativas y otras semejantes.”²³²

Todo ello, delimita la legitimación pasiva, siendo señaladas como autoras del acto lesivo, instituciones de orden público contra las cuales podrá interponerse acción de amparo, haciendo especial referencia a las autoridades públicas, pero también a entidades particulares, siempre y cuando actúen en el marco de una autoridad o facultad otorgada por el sector público.

2.3.2.4 Honduras

La Constitución de Honduras establece la posibilidad de que cualquier persona que se considere agraviada o vulnerada en sus derechos, así como cualquiera en su nombre, tiene derecho a interponer recurso de amparo, ello según lo que establece la ley que regula la materia de amparo.²³³

En este sentido, la Ley Sobre Justicia Constitucional así lo ratifica, al señalar que puede interponerse por la persona agraviada o por cualquiera en nombre de ésta, cuya acción puede ser ejercida por cualquier persona natural o jurídica. En el proceso del recurso, interviene además del recurrente, el Fiscal del Despacho, o sea el Fiscal asignado por el Ministerio Público, quien emite opinión sobre lo solicitado en el recurso, salvo que la acción sea incoada por el propio Ministerio Público²³⁴

En relación con la acción de amparo respecto a particulares, de acuerdo a la legitimación pasiva, se restringe a cuando: “se trate de personas sostenidas con fondos

²³¹ Ciudad de Guatemala, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad- Decreto 1-86, [1986], Asamblea Nacional Constituyente, Art. 9.

²³² *Ibíd.*

²³³ Constitución Política de la República de Honduras, [1982], ([Tegucigalpa]: Asamblea Nacional Constituyente) Decreto N° 131, Art. 183.

²³⁴ Tegucigalpa, Ley sobre Justicia Constitucional, [2004], Corte Suprema de Justicia, Art. 41-4.

públicos y las que actúen por delegación de algún órgano del Estado en virtud de concesión, de contrato u otra resolución válida”.²³⁵

Lo que implica que si procediera la acción entre particulares, **per** exclusivamente cuando se trate de privados que actúen con anuencia del Estado, por delegación o contratación, excluyendo a los privados que carezcan de esta condición.

2.3.3. Sistemas en los cuales se excluye la acción de amparo frente a acciones u omisiones de particulares.

Diametralmente opuesto a lo que se ha observado anteriormente, existen ordenamientos jurídicos latinoamericanos, donde se excluye la posibilidad de ejercer acción contra particulares, que puedan ser conocidas por la vía de acción de amparo, entre los cuales están:

2.3.3.1 Brasil

En Brasil la acción de amparo es conceptualizada como un procedimiento especial cognitivo y sumario, destinado a garantizar un goce pleno de derechos subjetivos, siempre contra actos de autoridad, su aplicación se realiza de manera excluyente puesto que protege a todos aquellos derechos subjetivos que no reciben un cuidado especial mediante institutos jurídicos propios, como es el caso de los derechos amparados por el Hábeas Corpus y el Hábeas Data.

La Constitución del Brasil, al regular el mandato de *Segurança*, expresa que esta acción busca proteger los derechos y libertades constitucionales: “cuando el responsable de la ilegalidad o abuso de poder fuese una autoridad pública o un agente de persona jurídica en ejercicio de atribuciones del Poder Público”.²³⁶ Lo que excluye este recurso de protección frente a las acciones de los particulares.

²³⁵ Ibid. Art.42.

²³⁶ Constitución de la República Federativa de Brasil, [1988], ([Brasilia]: Congreso Nacional), Art. 5, numerales LXIX y LXX.

2.3.3.2 *El Salvador*

Respecto a la acción de amparo, la Constitución salvadoreña establece: “Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución”.²³⁷

Del mismo modo, la Ley de Procedimientos Constitucionales, establece que: “Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por violación de los derechos que le otorga la Constitución.”²³⁸ Más adelante este mismo cuerpo normativo señala:

Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por violación de los derechos que le otorga la Constitución.

La acción de amparo procede contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus órganos descentralizados y de las sentencias definitivas pronunciadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo que violen aquellos derechos u obstaculicen su ejercicio.

Cuando el agraviado fuere el Estado, la Sala de lo Constitucional tendrá obligación de mandar a suspender el acto reclamado.

La acción de amparo únicamente podrá incoarse cuando el acto contra el que se reclama no puede subsanarse dentro del respectivo procedimiento mediante otros recursos.²³⁹

Todo ello, ha sido criterio reiterado y sostenido por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en cual se declara:

el amparo es un mecanismo procesal constitucional [...] que tiene por objeto dar una protección reforzada de los derechos u otras categorías jurídicas subjetivas protegibles de rango constitucional consagrados a favor de los gobernados frente a los actos u omisiones de autoridades públicas o particulares que los violen, restrinjan u obstaculicen su ejercicio.²⁴⁰

²³⁷ Constitución, [1983], ([San Salvador]: Asamblea Constituyente), Decreto N° 38. Art. 247.

²³⁸ San Salvador, Ley de Procedimientos Constitucionales, [1960], Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, Decreto N°2996, Art. 3.

²³⁹ *Ibíd.* Art. 12.

²⁴⁰ Inadmisibilidad manifiesta en el amparo 114–2001, el 18 de abril de 2001. De la misma manera se fundamentó la improcedencia emitida en el amparo 500–98, el 23 de noviembre de 1998, la dictada en el amparo 81–99, del 1o. de febrero de 1999, así como la proferida en el amparo 107–2000, el 28 de febrero de 2000.

De lo enunciado se visualiza que se encuentra excluida la acción de amparo contra particulares. Sin embargo, el derecho de hábeas corpus conforme al Art. 4 de la Ley, puede ejercerse contra cualquier individuo (además de cualquier autoridad), en los casos de restricción ilegal de la libertad individual.²⁴¹

2.3.3.3 México

El llamado juicio de amparo se consolidó en el ordenamiento jurídico mexicano con la promulgación de la Constitución de 1917,²⁴² mediante los artículos 103 y 107. En el citado artículo 103 se dejó clara la procedencia del amparo, al determinar que los tribunales federales resolverán las controversias que se susciten “por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales”,²⁴³ esto conforme a las reglas establecidas en el artículo 107 *eijusdem*, que dispone entre otras cosas lo siguiente:

- 1) El juicio se seguirá a instancia de parte agraviada.
- 2) Las sentencias no tendrán efectos generales.
- 3) En los juicios civiles o penales el amparo procederá contra las sentencias definitivas.
- 4) Se podrá suplir la deficiencia de la queja en los juicios penales.
- 5) En los juicios civiles o penales sólo procederá el amparo contra la violación de las leyes del procedimiento, cuando se afecten las partes sustanciales de él y de manera que su infracción deje sin defensa al quejoso.
- 6) En los juicios penales, la ejecución de la sentencia definitiva contra la que se pide amparo se suspenderá por la autoridad responsable.
- 7) En los juicios civiles, la ejecución de la sentencia definitiva sólo se suspenderá si el quejoso da fianza de pagar los daños y perjuicios que la suspensión ocasione.
- 8) Cuando se trate de actos de autoridad distinta de la judicial, o de actos de ésta ejecutados fuera de juicio o después de concluido, o de actos en el juicio

²⁴¹ Ley de Procedimientos Constitucionales, Art. 4

²⁴² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, [1917], ([México]: Diario Oficial 5 de febrero de 1917).

²⁴³ *Ibíd.* Art. 103

cuya ejecución sea de imposible reparación o que afecte a personas extrañas al juicio, el amparo se pedirá ante el juez de distrito.

9) La autoridad responsable será consignada a la autoridad correspondiente cuando no suspenda el acto reclamado, debiendo hacerlo, y cuando admita fianza que resultare ilusoria o insuficiente, siendo en estos dos últimos casos solidaria la responsabilidad penal y civil de la autoridad, con el que ofreciere la fianza y el que la prestare.

10) Si después de concedido el amparo, la autoridad responsable insistiere en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir la sentencia de la autoridad federal, será inmediatamente separada de su cargo y consignada ante el juez de distrito que corresponda, para que la juzgue.²⁴⁴

De lo anterior puede percibirse que el juicio de amparo no procede en ningún caso contra las violaciones causadas por actos de los particulares; ya que, en ese ordenamiento jurídico, la protección constitucional mediante el juicio de amparo se reserva exclusivamente frente a los poderes públicos.

2.3.3.4 Nicaragua

El orden constitucional nicaragüense configura el mecanismo de protección constitucional de amparo mediante los artículos 45 188 de la Constitución,²⁴⁵ donde se ha puesto de manifiesto que el amparo en Nicaragua es un juicio independiente de carácter contencioso, el cual implica la existencia de un litigio que se plasma en un proceso y ante una instancia jurisdiccional y que concluye mediante una sentencia de carácter definitiva.²⁴⁶

En este sentido, se ubicaría al amparo como un auténtico juicio similar al tratamiento generalizado que existe sobre esta figura en el ámbito latinoamericano y

²⁴⁴ *Ibíd.* Art. 107.

²⁴⁵ Constitución Política de la República de Nicaragua, [1986], ([Managua]: Asamblea Nacional Constituyente).

²⁴⁶ Sánchez, Roger, *El Recurso de amparo en Nicaragua como protección de derecho y libertades constitucionales y algunas realidades comparativas con otros países*, (Valencia: Pueblos Fraternos, 1997).

que es conocida por diversos nombres como acción de tutela en Colombia, mandato de *segurança* en Brasil, juicio de amparo en México, entre otros.²⁴⁷

Sin embargo, la Constitución señala como sujeto con legitimación activa del recurso de amparo a “Las personas cuyos derechos constitucionales hayan sido violados o estén en peligro de serlo, pueden interponer el Recurso de Exhibición Personal o de Amparo, según el caso y de acuerdo con la Ley de Amparo”²⁴⁸, sin hacer referencia a la naturaleza de la persona.

En lo que se refiere al sujeto pasivo, este será “cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos”²⁴⁹ excluyendo el amparo en entre particulares, ya que lo delimita a su interposición contra actos de autoridad, siendo de manera excluyente la autoridad que dicta los actos que violan o perturban derechos y garantías constitucionales los sujetos pasivos del recurso de amparo.

Asimismo, se permite intervenir en el proceso a otros sujetos en la acción de amparo, ya que la Ley de Amparo señala que tanto los sujetos con legitimación activa y pasiva, así como la Procuraduría General de la República y a todos a los que pueda afectar la resolución final si se hubieren presentado deben intervenir en el proceso.²⁵⁰

Con esta regulación se infiere que en el caso nicaragüense el recurso de amparo no solo puede ser interpuesto contra funcionarios e instituciones públicas, sino que además protege únicamente a los sujetos que han intervenido en el proceso como actuantes o los que se incorporaron posteriormente como sujetos con interés en el objeto del recurso. Dando la característica que el amparo en Nicaragua no tiene efectos generales o colectivos, sino que solo tiene efecto entre las partes.

2.3.3.5 Panamá

En Panamá, la Constitución es completamente clara al establecer que el Recurso de Amparo: “Procede sólo contra órdenes expedidas o ejecutadas por

²⁴⁷ Rozo, Eduardo, *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*, (Bogotá: Universidad del Externado, 2006).

²⁴⁸ Constitución Política de la República de Nicaragua, Art. 45.

²⁴⁹ Constitución Política de la República de Nicaragua, Art. 188.

²⁵⁰ Managua, Ley de Amparo, [1988], Asamblea Nacional, Ley N° 49, Art. 43.

servidores públicos, lo que excluye la posibilidad de ejercicio de Amparo contra Acciones Emanadas de Particulares”.²⁵¹

En este sentido, el Código Judicial expresa en su Art. 2.608 que: “Sólo los funcionarios públicos pueden considerarse como demandados en la tramitación de la Acción de Amparo”.²⁵² Siendo más que claro, la exclusión de los particulares como sujetos pasivos de la acción de amparo, quedando la visión conservadora del estado como posible transgresor de los derechos fundamentales.

50 ²⁵¹ Constitución Política de Panamá, [1972], ([Ciudad de Panamá]: Asamblea Nacional), Art.

²⁵² Ciudad de Panamá, Código Judicial de la República de Panamá, [2001], Asamblea Nacional, Art. 2.608.

Capítulo tercero

Presupuestos de procedencia de la acción ordinaria de protección entre particulares

3.1. La acción de protección en el ordenamiento jurídico del Ecuador

Para un mejor acercamiento a la acción de protección se debe hacer remisión directa a lo dispuesto en la Constitución de la República, respecto a dicha garantía:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución , y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca grave daño, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.²⁵³

De lo antes expuesto se evidencia que esta acción será una herramienta de gran valor para todos los ciudadanos, la cual posibilitará no solo el recurrir a ella por la violación de un derecho fundamental, sino también por la afectación de cualquiera de los derechos que el texto constitucional reconoce. Las personas no deben esperar la consumación del acto u omisión que impida el ejercicio de sus derechos, lo cual es respaldado en la LOGJCC.²⁵⁴

Es a partir de 1948 que el amparo o acción de protección se convierte en obligatorio en cuanto a su implementación por parte de los Estados. Con la aprobación

²⁵³ Constitución de la República del Ecuador, Art. 88.

²⁵⁴ Quito, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, [2009], Asamblea Nacional, Registro Oficial N° 52.

de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se crea un recurso efectivo para la protección de los derechos fundamentales, de igual manera en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, se instaura esta acción y se concibe como un recurso sencillo y siempre a la disposición del ciudadano.²⁵⁵ En la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica también se encuentra plasmada y la denominan el “amparo interamericano” señalado de la siguiente manera:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales

Convención en la que los estados partes se comprometen: a) Garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decida sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, b) Desarrollar las posibilidades del recurso judicial, de no haberlo; y c) Garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.²⁵⁶

En el Ecuador, el hecho de contar con una acción constitucional que ampara los derechos humanos como es la acción de protección, contenida en la Constitución vigente desde octubre de 2008, por sí misma no instituye una respuesta satisfactoria o suficiente para constituirse como efectiva y eficaz, sino que depende de la práctica jurídica, de la voluntad política y del control constitucional que es quién la remite a la Corte Constitucional con carácter vinculante.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que disponer de recursos adecuados para el ejercicio efectivo del recurso significa:

Que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias.

²⁵⁵ Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, [1948], Asamblea General de las Naciones Unidas. ONU.

²⁵⁶ Convención Americana de los Derechos Humanos, [1969], San José, Organización de Estados Americanos, OEA, Art. 25.

Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable.²⁵⁷

Por lo que, para que el recurso sea apropiado, es necesario que sea de tal naturaleza que admita contar con medios eficaces y suficientes para rectificar el derecho infringido. Cuando se produzca la violación a un derecho humano debe contarse en el ordenamiento jurídico interno con los recursos jurídicos específicos, precisos y aplicables a dichas realidades, que brinden un resultado de reparación concreto y sensato al daño producido.

En este sentido, el texto constitucional ecuatoriano señala que la acción de protección es una acción: sencilla, rápida, informal, no requiere invocar norma infringida y eficaz. Sin embargo, las reglas dictadas por la Corte Constitucional le dotan, a más de las características establecidas en la Constitución, otras características como: celeridad igual a rapidez, la no subsidiariedad, con trámite preferencial y de diversidad cultural,²⁵⁸ pero la LOGJCC no desarrolla de manera amplia dichas características.

La acción de protección, que como se ha indicado se encuentra plasmada en el Art. 88 de la Constitución, tiene por objeto el amparo directo y eficaz de todos los derechos reconocidos en la normativa constitucional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, estableciendo varias características que se enunciarán el próximo acápite.

3.1.2. Evolución de la acción ordinaria de protección contra particulares en el ordenamiento ecuatoriano.

La Constitución de 1998 fue la primera que estableció la posibilidad de que la acción ordinaria de protección proceda contra los actos de particulares. Esta

²⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, [El Derecho sobre la Asistencia Consular en el marco de las garantías del debido proceso legal], en Opinión Consultiva- OC 16/99, 16 de junio de 1999, 25.

²⁵⁸ Quito, Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, [2008], Corte Constitucional, Art. 43.

Constitución en el Título III, De los Derechos, Garantías y Deberes, en el Art. 95, se estableció la acción de amparo de la siguiente forma:

Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un trato o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúan por delegación o concesión de una autoridad pública.²⁵⁹

La Constitución de 2008 ha desarrollado con más precisión la acción de protección y su procedencia contra los actos u omisiones de particulares, de igual manera, en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su Art. 40 se señala los requisitos que deben cumplirse para que proceda la acción de protección:

La acción de protección se podrá presentar cuando concurran los siguientes requisitos: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.²⁶⁰

Se debe considerar que la acción de protección actual tiene varias diferencias con la acción amparo de la anterior Carta Magna. Como se apreciará posteriormente, por ejemplo, en la Constitución de 1998 la acción de amparo podía ser presentando por el directamente afectado o en representación de una colectividad, pero debidamente acreditada. En la Constitución de 2008 cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad pueden ejercer esta acción.

Para tener una idea completa sobre el origen de esta garantía y sobre su historia en nuestro constitucionalismo, en general, debemos buscar los primeros antecedentes

²⁵⁹ Constitución Política de la República del Ecuador, [1998], ([Quito]: Asamblea Constituyente), Art. 95.

²⁶⁰ Quito, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, [2009], Asamblea Nacional, Registro Oficial N° 52, Art. 40.

de la acción de protección en las distintas constituciones que han regido en nuestro país desde su origen. Revisemos brevemente lo que establecieron algunas Cartas Magnas:

En la primera Constitución de 1830, con la que se funda el Estado ecuatoriano, el entonces constituyente ya pensó en hacer plenamente efectivos los derechos (instituidos por el derecho ordinario y reconocido formalmente) pero no creó ningún mecanismo o acción apropiada para su plena vigencia. El término garantía no estaba acompañado de una vía adecuada para materializar el derecho. Aquella Constitución, en el Título VIII, De los Derechos Civiles y las Garantías, en su Art. 66, establecía:

Todo ciudadano puede reclamar respetuosamente sus derechos ante la autoridad pública, representar al Congreso y al Gobierno cuando considere conveniente al bien general; pero ningún individuo o asociación particular podría abrogarse el nombre del pueblo, ni hacer peticiones en nombre del pueblo colectando sufragios sin orden escrita de la autoridad pública. Los contraventores serán presos y juzgados conforme a las leyes.²⁶¹

Textos similares se encuentran en las posteriores constituciones. Por ejemplo la Constitución de 1845, en el Título XI, De las Garantías, en su Art 126, disponía: “Todo ciudadano puede reclamar ante el Congreso, o Poder Ejecutivo, las infracciones de la Constitución y de las leyes.”²⁶²

La Constitución de 1861, durante el gobierno de Gabriel García Moreno, en el Título XI, De las Garantías, en su Art. 119, consagraba: “Todo ecuatoriano puede reclamar ante el Congreso o el Poder Ejecutivo contra las infracciones de la Constitución y las leyes, e introducir en la Cámara de Representantes una acusación contra cualquier alto funcionario.”²⁶³

En las sucesivas constituciones se empezaba a desarrollar mejor la idea de las garantías. La Constitución de 1878 es un ejemplo. En el Título II, De los ecuatorianos,

²⁶¹ Constitución del Estado de Ecuador, [1830], ([Quito]: Congreso Constituyente), Art. 66.

²⁶² Constitución Política de la República de Ecuador, [1845], ([Quito]: Convención Nacional), Art. 126.

²⁶³ Constitución de la República de Ecuador, [1861], ([Quito]: Convención Nacional), Art. 119.

De sus Deberes y Derechos Políticos, Sección II, De las Garantías, en su Art. 19, se establecía:

Los empleados públicos que violaren cualquiera de las garantías declaradas en esta Constitución, serán responsables con sus bienes, por los daños y perjuicios que causaren; y respecto de los crímenes o delitos que cometieren contra tales garantías, se observarán las disposiciones siguientes: 1.- Podrán ser acusados por cualquier ciudadano en ejercicio, sin necesidad de fianza ni firma de abogado en los tribunales de justicia.²⁶⁴

Durante el liberalismo, con la Constitución de 1906, Título X, Del Consejo de Estado, en su Art. 98, se tiene una idea más avanzada y se utilizan ya los términos de garantías constitucionales: “Son atribuciones y deberes del Consejo de Estado: 1.- Velar por la observancia de la Constitución y las leyes, y proteger las garantías constitucionales”.²⁶⁵

La Constitución de 1929 en el Título VIII. Del Consejo de Estado, en su Art. 117, de igual manera consagraba: “Son atribuciones y deberes del Consejo de Estado: 1.- Velar por la observancia de la Constitución y de las leyes y, especialmente, de las garantías constitucionales”.²⁶⁶

Fue con la Carta Magna de 1945 cuando se crea en el Ecuador el Tribunal de Garantías Constitucionales y, en el Título XIV, Del Tribunal de Garantías Constitucionales, en el Art. 160, se disponía lo siguiente:

Son atribuciones y deberes del Tribunal de Garantías Constitucionales: 5º.-Conocer de las quejas que formule cualquier persona, natural o jurídica, por quebrantamiento de la Constitución o de las leyes; preparar la acusación contra los funcionarios responsables y, salvo lo dispuesto en la ley penal, presentarla al Congreso para que éste, según los casos, los enjuicie u ordene enjuiciarlos.²⁶⁷

Art. 19. ²⁶⁴ Constitución Política de la República del Ecuador, [1878], ([Quito]: Asamblea Nacional),

art. 98. ²⁶⁵ Constitución Política de la República de Ecuador, [1906], ([Quito]: Asamblea Nacional),

Art. 117. ²⁶⁶ Constitución Política de la República de Ecuador, [1929], ([Quito]: Asamblea Nacional),

²⁶⁷ Constitución Política del Ecuador, [1945], ([Quito]: Asamblea Constituyente), Art. 160.

La Constitución de 1946 en el Título X, Organizaciones Varias, Sección I, Del Consejo de Estado, Art. 146, también hacía referencia al tema:

Son atribuciones y deberes del Consejo de Estado: 1º.- Velar por la observancia de la Constitución y de las leyes, y, especialmente, proteger las garantías constitucionales, incitando para su respeto e inviolabilidad al Presidente de la República, a los Tribunales de Justicia y a las demás autoridades a quienes corresponda.²⁶⁸

La efímera Constitución de 1967 fue la que por primera vez en la historia de nuestro ordenamiento jurídico mencionó la acción de amparo, el antecedente constitucional de la acción de protección actual, como un derecho de la persona. La referida Constitución, en el Título IV, De los Derechos, Deberes y Garantías, Capítulo II, De los Derechos de la Persona, en el Art. 28, estableció lo siguiente:

Sin perjuicio de otros derechos que se deriven de la naturaleza de la persona, el Estado garantiza: 14º. El derecho a demandar el amparo jurisdiccional contra cualquier violación de las garantías constitucionales, sin perjuicio del deber que incumbe al poder público de velar por la observancia de la Constitución y las leyes.²⁶⁹

Esta acción de amparo constitucional no tuvo tiempo para desarrollarse, pues el 22 de junio de 1970, el dirigente populista José María Velasco Ibarra asumió todos los poderes en el país, dejando de lado a la Ley Fundamental.

La Constitución de 1979, aprobada en el referéndum del 15 de enero de 1979, en el Título I, Jerarquía y Control del Orden Jurídico, Sección II, Tribunal de Garantías Constitucionales, en el Art. 141, continuando con el desarrollo de la institución que estudiamos, consagraba:

Compete al Tribunal de Garantías Constitucionales: 3. conocer de las quejas que formule cualquier persona natural o jurídica, por quebrantamiento de la Constitución, preparar la acusación contra los responsables y, salvo lo dispuesto en la ley penal, presentar a la Cámara Nacional de Representantes o, en receso de ésta al plenario de

²⁶⁸ Constitución Política del Ecuador, [1946], ([Quito]: Asamblea Nacional), Art. 146.

²⁶⁹ Constitución Política del Ecuador, [1967], ([Quito]: Asamblea Constituyente), Art. 28.

las Comisiones Legislativas para que, según el caso, los enjuicie y ordene enjuiciarlos.²⁷⁰

En septiembre de 1984 esta Constitución fue reformada, redactándose el Art. 141 en la siguiente forma: “Compete al Tribunal de Garantías Constitucionales: 3.- Conocer de las quejas que formule cualquier persona natural o jurídica por quebrantamiento de la Constitución que atente contra los derechos y libertades garantizados por ella”.²⁷¹

Una nueva reforma a la misma Constitución, dada en 1992, redactó un nuevo texto en el Art. 146 “Compete al Tribunal de Garantías Constitucionales: 2. Conocer las quejas que formule cualquier persona natural o jurídica contra los actos de las autoridades públicas que violaren sus derechos y libertades garantizados por la Constitución”.²⁷²

Es con base en la reforma citada que en 1993 la Corte Suprema de Justicia expidió el Estatuto Transitorio del Control Constitucional²⁷³, en el cual normó la demanda de amparo y su forma de ejercerla.

La acción de amparo vuelve a ser desarrollada en las reformas llevadas a cabo en enero de 1996 en donde la redacción del Art. 31 de la Constitución se realizó de la siguiente manera:

Toda persona podrá acudir ante los órganos de la Función Judicial de la Ley designe y requerirá la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar, o evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de autoridad de la administración pública violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales y que pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable.²⁷⁴

²⁷⁰ Constitución Política del Ecuador, [1979], ([Quito]: Consejo Supremo de Gobierno), Art. 141.

²⁷¹ Codificación de la Constitución Política del a República del Ecuador, [1984], ([Quito]: Congreso Nacional), Art. 141.

²⁷² Codificación de la Constitución Política del a República del Ecuador, [1993], ([Quito]: Congreso Nacional), Art. 146.

²⁷³ *Ibíd.*

²⁷⁴ Codificación de la Constitución Política del a República del Ecuador, [1996], ([Quito]: Congreso Nacional), Art. 31.

La Ley del Control Constitucional de junio de 1997 en el Título II, De Las Garantías De Los Derechos De Las Personas, Capítulo III, Del Amparo Constitucional, en su Art 46, desarrolló la acción o “recurso” de amparo conforme se indica:

El recurso de amparo tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, frente a cualquier atentado proveniente de acto ilegítimo de autoridad de la administración pública que haya causado, cause o pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable y se interpondrá para requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a cesar la lesión o evitar el peligro de los bienes protegidos.

También podrá ser objeto de amparo la no expedición de un acto o la no ejecución de un hecho, si tales omisiones causaren o puedan causar los efectos señalados en el inciso anterior.²⁷⁵

3.1.3. La acción ordinaria de protección: Finalidad.

La finalidad primordial de la acción de protección, en atención a su concepto es la de tutelar los derechos fundamentales de las personas y ampararlas de la arbitrariedad que puede llegar a ejercer la autoridad pública, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado.

La norma constitucional justamente destaca esa finalidad, al señalar el amparo directo y eficaz que tendrán los derechos fundamentales, lo que es confirmado en el Art. 39 de la LOGJCC. Constituye objeto fundamental de la acción de protección el libre ejercicio de derechos fundamentales de las personas frentes a actos u omisiones arbitrarias o ilegales, provenientes de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza cualquier derecho reconocido por la Constitución.

Junto con esta finalidad principal se podría encontrar como propósito subsidiario al amparo de derechos, es decir, el proporcionar un camino accesible, a través de un procedimiento urgente, ágil y expedito, para la garantía y protección de los derechos.²⁷⁶

²⁷⁵ Quito, Ley del Control Constitucional, [1997], Congreso Nacional, Art. 46.

²⁷⁶ Ordóñez, Hugo, Hacia el amparo constitucional en el Ecuador, (Quito: PUDELE-CO, 1995).

Anteriormente se señaló, cuando se abordó el constitucionalismo liberal, que a los derechos humanos enunciados en las Cartas Magnas no se les otorgaba garantías para su cumplimiento. Estas garantías se delegaban a la ley ordinaria, por lo que debía seguirse una serie de trámites accidentados, demorados, que no permitían en definitiva esa garantía de los derechos. Por otro lado, debido a la agenda legislativa, las leyes sobre derechos fundamentales no se dictaban o se tardaban en ser aprobadas, quedando muchas veces como meros enunciados en las constituciones.

La acción de protección nace como una solución jurisdiccional a la inexistencia de procesos expeditos que permitan garantizar los derechos humanos. En este caso, debe caracterizarse la acción, esencialmente, por la celeridad procesal, de lo contrario se confundiría con cualquiera de los procedimientos de la justicia ordinaria y, actuaría igual que ella y se desnaturalizaría el recurso mismo porque no cumpliría con los fines para los que fue creado.

3.1.4. La acción ordinaria de protección: Naturaleza Jurídica.

Si se realiza una interpretación integral del artículo 88 de la Constitución, en relación con el Art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, podemos concluir en primer lugar que la acción de protección constituye un “derecho esencial de la persona humana”, el derecho a la acción y a la tutela jurisdiccional en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales ante actos u omisiones arbitrarias o ilegales.

Desde un punto de vista procesal constituye una “acción”, al ser una facultad que tienen las personas para provocar el ejercicio de la función jurisdiccional, en orden a la protección, reconocimiento o declaración de un derecho y que se traduce materialmente en el conjunto de actos procesales que colocan al juez en la situación de tener que dictar sentencia, debiendo distinguirse del recurso como en varios países se denomina. En cuanto recurso, en estricto sentido jurídico, es: el medio que reconoce la ley a las partes del proceso para impugnar las resoluciones judiciales.

La acción de protección “es un verdadero proceso judicial”. Por medio de esta se resuelve un conflicto de relevancia jurídica, donde en la práctica se ejerce una pretensión frente a otro, lo que da lugar a una *litis* entre partes. Debe tomarse en cuenta la plena aplicación de las reglas jurídicas del debido proceso, sin perjuicio de reconocer

su carácter sumario y concentrado que exige su aplicación para tutelar eficazmente los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Finalmente, es una “acción no formal”. El formalismo es propio de la justicia ordinaria, por eso es lenta al momento de brindar una respuesta oportuna. En cambio, en la acción de protección ningún formalismo se justifica.

3.1.5. La acción ordinaria de protección: Ámbito de Aplicación

La aplicación de la acción de protección surge: “cuando exista vulneración de derechos constitucionales”,²⁷⁷ garantizándose de esta manera la defensa de los derechos reconocidos en la Constitución, hecho este que coincide con la interpretación realizada por Luis Cueva Carrión, para quien esta acción:

No solo ampara a los derechos que constan en la Constitución, sino todos aquellos que ella reconoce como tal [...] Los derechos que constan en los instrumentos internacionales legalmente vigentes en nuestro país y los derechos no reconocidos en estos instrumentos legales pero que devienen de la esencia de la naturaleza humana, de su propia dignidad [...], y no solamente los derechos que constan en la Constitución.²⁷⁸

Surge la posibilidad de interponer la acción de protección de conformidad a lo dispuesto en el Art. 41 cuando: “De todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio”.²⁷⁹

La actividad pública se ejerce a través de las personas. Toda autoridad pública posee potestades y facultades, es decir, para cumplir con su actividad requiere de la ejecución de una serie de actos, por lo que su acción o inacción, fuera de los parámetros determinados por la ley y, en este caso, la Constitución, pueden violentar o vulnerar los derechos de los administrados garantizados en la Constitución.

²⁷⁷ Constitución de la República del Ecuador, Art. 88.

²⁷⁸ Cueva, Luis, *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*, (Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2010), 126.

²⁷⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 41, numeral 1.

Es por ello que la acción de protección procederá contra todo tipo de actos de autoridades públicas, no judiciales, que violenten derechos fundamentales. Al respecto el Art. 226 de la Constitución dispone:

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.²⁸⁰

Asimismo, establece la LOGJCC que: “Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías”.²⁸¹ Se entiende por política pública aquellas líneas o directrices fundamentales ejecutadas por el gobierno encaminadas a solventar las necesidades fundamentales de la población.

La Constitución vigente establece un capítulo sobre las políticas públicas, servicios públicos y la participación ciudadana, en el que se van a determinar las directrices que el Estado y sus instituciones deben tener en cuenta en el diseño, planificación, realización, evaluación y control de las políticas y servicios públicos. Siendo estas: el garantizar los derechos del buen vivir, basándose en principios de solidaridad, participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades y avalando el interés general siempre y cuando no se sacrifiquen derechos constitucionales.

Teniendo en cuenta lo manifestado anteriormente y reconociendo que el más alto deber del Estado es el de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, y que estos se desarrollarán de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, podrán ser objeto de una acción de protección, si cualquier política pública que se oponga al Buen Vivir atente contra un derecho constitucional, o no tenga en cuenta la participación de los grupos sociales involucrados, cuando esta tenga que ver con el respeto de sus derechos esenciales.

²⁸⁰ Constitución de la República del Ecuador, Art. 226

²⁸¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 41, numeral 2.

La LOGJCC establece que “todo acto u omisión del prestador servicio público que viole los derechos y garantías”.²⁸² En este sentido, quien preste servicios públicos, sea como titular, delegatario o concesionario tiene la obligación de tener en cuenta los principios constitucionales antes detallados, es decir: buen vivir, progresividad, participación, generalidad. En virtud de esto no solo se puede interponer la acción en contra de una política general, sino la ejecución defectuosa del servicio que transgreda derechos.

Respecto al particular, Cueva Carrión expresa: A diferencia de las anteriores, alude en forma muy particular, al sujeto que presta el servicio público, en cambio, en los dos numerales anteriores se refiere, en forma general, a la autoridad pública judicial como a las políticas públicas.²⁸³

Sobre esta afirmación, destaca la incertidumbre respecto a la posibilidad de impugnación vía acción de protección, por todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuestión que será analizada más adelante por constituir el núcleo central de la presente tesis.

En cuanto a los actos discriminatorios cometidos por cualquier persona, el Art. 66 de la Constitución reconoce y garantizará a las personas, “El Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.²⁸⁴

La igualdad formal se entiende como aquella que en el caso de iguales circunstancias en las que se encuentren dos o más personas, se debe aplicar una norma jurídica de igual manera. Ejemplos de ello constituyen la igualdad ante la ley, la igualdad de oportunidades, derecho a igual trabajo, igual remuneración y en general lo dispuesto en la Constitución que determina:

Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica,

²⁸² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 41, numeral 3.

²⁸³ Cueva, Acción Constitucional Ordinaria de Protección, 129

²⁸⁴ Constitución de la República del Ecuador, Art. 66 numeral 4.

condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física.²⁸⁵

Partiendo de la hipótesis de la igualdad de condiciones entre las personas, Cueva Carrión señala: “La igualdad concreta es aquella que se ejecuta a través de una norma teniendo en cuenta la situación real y especial en la que se encuentra cada una de las personas afectadas”.²⁸⁶

En estos casos, la marcada situación de desigualdad, en el aspecto económico, cultural, laboral, religioso e ideológico, lleva a que el Estado adopte diferentes políticas. Si se aplicase una norma igualitaria a personas que se encuentren en situaciones diferentes, terminaría discriminándose a ese grupo de personas.

Por lo que puede hablarse de una igualdad entre iguales, no una igualdad absoluta, pues hay grupos sociales y etarios que requieren una consideración especial. En este sentido, todo acto discriminatorio, en los términos de transgredir la igualdad formal y material, es susceptible de la tutela constitucional a través de la Acción de Protección.

3.2. La acción ordinaria de protección en la Constitución de 2008

3.2.1 Características

La acción de protección ostenta identidad y características propias que le permiten diferenciarse de las demás acciones constitucionales y legales.

Sus características son: acción procesal pública, tutelar, universal, informal, inmediata, directa, el trámite debe poseer celeridad, preferente, no es subsidiaria, sumaria, oral, actúa como acción reparadora o preventiva de los derechos constitucionales, intercultural, protege los derechos constitucionales, los derechos conexos definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional; y los principios que rigen a la acción constitucional de protección, deben ser interpretados y aplicados con criterio amplio.²⁸⁷

²⁸⁵ Ibíd. Art. 11 numeral 2.

²⁸⁶ Cueva, *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*, 192.

²⁸⁷ Cueva, Luis, *El Amparo: teoría, práctica y jurisprudencia*, (Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2007), 63.

La Constitución actual, en relación con el pensamiento ideológico denominado neoconstitucionalismo, no limita los derechos y su protección a los que constan en forma expresa en sus normas y tampoco lo hace en aquellos que no existen constitucionalmente pero que son inherentes a la naturaleza misma de la persona e indispensable para su desenvolvimiento moral y material.

A lo antes expuesto puede agregarse que se trata de una acción de amparo directa y eficaz, a la cual puede aplicársele todas las disposiciones comunes a las garantías jurisdiccionales, sin distinciones en cuanto a jerarquía normativa. Entre los elementos que conforman la acción de protección está presente la titularidad para accionar, o sea, la posibilidad de acudir ante una autoridad judicial, la cual es reconocida como legitimidad activa. Esto deriva en que cualquier persona puede proponer la acción de protección.

La norma constitucional señala respecto a esta acción una serie de elementos tales como la sencillez, la cual deriva del texto constitucional al reconocer que será un proceso eficaz, rápido y sencillo. En la sencillez no solo está presente la acción sino además incluye la facultad de notificar a las personas legitimadas (activos o pasivos) a través de un mecanismo eficaz y que se encuentre al alcance del juzgador.

Se encuentra además la celeridad o rapidez; este supuesto defiende que una vez presentada la acción el juez debe convocar de manera inmediata la audiencia pública; además se podrá ordenar la práctica de pruebas en cualquier momento del proceso. En el caso de la celeridad la Corte Constitucional, recalcó que los trámites relacionados con las garantías jurisdiccionales se llevan a cabo con una mayor prontitud y oportunidad garantizando que ningún ciudadano quede en la indefensión, puesto que se eliminan las complejidades procesales.²⁸⁸

Es necesario resaltar que la vía más rápida no siempre es la idónea. La idoneidad está relacionada con la aptitud y la habilidad, además de que sea apropiada, acorde las circunstancias que presenta cada proceso judicial.

²⁸⁸ Corte Constitucional del Ecuador [2015] Sentencia N.º 116-15-sep.-cc, caso N.º 1637-12-ep.

La informalidad es un elemento presente en la Constitución, las garantías jurisdiccionales pueden ser presentadas de forma oral o escrita, sin la necesidad de formalidades y por lo tanto no será necesaria la presencia de un abogado para proponer la acción. No obstante, la LOGJCC exige en su artículo 10 determinados requisitos, los cuales podrán ser solventados por el magistrado, de ser posible, y así lograr la audiencia. Por lo que prima la no exigencia de formalidades.

Otro elemento característico es que no requiere invocar la norma infringida: el texto constitucional aboga que para el ejercicio de esta acción no conlleve solicitar la norma que ha sido violentada. Ello está dirigido al ciudadano que no posee conocimientos de derecho, pero que, aun así, sin importar sus condiciones culturales puede invocar dicha acción, de padecer alguna violación de sus derechos fundamentales.

Es así como se puede acudir ante un juez y solicitar protección ante la afectación de derechos. Esta situación, vista desde la perspectiva ciudadana, se convierte en una oportunidad real, sin la presencia de formalismo se garantiza la protección de los derechos de los menos favorecidos.

La acción debe ser eficaz, este elemento persigue que las acciones y resoluciones en las que se resuelve la vulneración de los derechos vayan dirigidas a la obtención de la protección de estos en todas las fases del proceso, es decir, desde la presentación del recurso hasta la ejecución de la sentencia. Como complemento para la existencia de esta eficacia se sancionan a aquellos funcionarios que incumplan con lo establecido en la sentencia de la acción.

De las consideraciones expuestas, se pueden señalar las siguientes características de la acción de protección, regulada en el texto constitucional ecuatoriano, estas son:

- Constituye una acción y no un recurso, puesto que, si objetivo no es la impugnación de una resolución judicial, sino que es un mecanismo establecido para que a través de la vía jurisdiccional se ponga a conocimiento del magistrado la vulneración de un derecho fundamental.
- Es una acción cautelar y directa, por medio de la cual surge un procedimiento de urgencia que persigue el establecimiento de medidas que

eviten la provocación de daños y, de esta manera, se materialice una protección efectiva de los derechos.

- La acción de protección se ejecuta a través de un proceso sumarísimo, preferente e inmediato.
- Según sea el caso, es una acción preventiva o reparadora.
- En lo que respecta a su tramitación no cabe la inadmisión sin que exista un motivo, además del rechazo por falta de requisitos, ni la inhibición del juez. No obstante, se aplica la excusa según las normas que rigen el procedimiento común en materia judicial.
- El juez de lo constitucional puede disponer de la práctica de pruebas; es una facultad que la acción de protección le otorga.
- Un tercer interesado puede intervenir, siempre que medie la debida justificación. Ejemplo de ello es la Procuraduría General del Estado.
- Se imposibilita presentar más de una acción referida a la misma materia u objeto.
- La sentencia emitida constituye un acto de naturaleza jurisdiccional. Con ella se persigue la reparación integral de los daños infringidos a los derechos fundamentales y las circunstancias en las que se debe dar cumplimiento de dicha reparación.
- La competencia radica en los jueces de primera instancia del sitio donde se promulga el acto o surte efectos; ello es por sorteo.
- El proceso abarca dos niveles. El primero se lleva a cabo ante el juez de primera instancia y, el segundo, ante la Corte Provincial; la resolución emitida por el segundo no puede ser apelada, por lo que dicha sentencia es definitiva y una vez ejecutada es trasladada a la Corte Constitucional.

3.2.2. Acción de naturaleza tutelar.

La acción de protección es el derecho que la Constitución y la ley reconocen a toda persona, grupo de personas, comunidad, pueblo, nacionalidad, colectivo vulnerados o amenazados en uno o más de sus derechos, o al defensor del pueblo, de acudir ante el órgano jurisdiccional competente para un: “amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución”²⁸⁹. Esta acción busca proteger al ciudadano de la violación de un derecho consagrado en la Constitución de la República o en instrumentos internacionales.

Las violaciones de derechos pueden tener distinto origen: por actos u omisiones de una autoridad pública (distinta a la judicial), por políticas públicas que impidan el ejercicio de un derecho constitucional o por la violación del derecho que surja de una persona particular, provocando un daño grave (si presta servicios públicos impropios, actúa por delegación o concesión, si la víctima se encuentra en subordinación, indefensión o discriminación).

La actual acción de protección tiene su propia naturaleza que la distingue de la anterior acción de amparo constitucional. La acción de amparo constitucional era de naturaleza cautelar de derechos subjetivos en materia constitucional. Es así que el Art. 95 de la Constitución de 1998 establecía en la parte pertinente: “Mediante esta acción [...] se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias”.²⁹⁰

La acción de amparo originaba un proceso cautelar y no de conocimiento. Por tanto, el declarar con lugar una acción de amparo no significaba la resolución definitiva del caso, sino la aplicación de medidas cautelares o “preventivas” en las que se suspendían los efectos del acto y se protegía al accionante del daño causado.

Entre los efectos de la acción de amparo, mayoritariamente se consideraba que no tenía una facultad indemnizatoria, pues su naturaleza era meramente cautelar y existían procedimientos específicos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para determinado caso.

²⁸⁹ Constitución de la República del Ecuador, Art. 88.

²⁹⁰ Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 95.

La acción de protección actual origina un proceso declarativo, de conocimiento, que resuelve la violación de derechos, con efectos reparatorios y por excepción puede ser cautelar. Esta acción es primordialmente retroactiva: tiene una finalidad reparadora cuando se ha producido el daño o la afección, debiendo diferenciarse de las medidas cautelares que buscan evitar o hacer cesar la violación de un derecho.

La Constitución vigente confirió a la jueza o juez constitucional la facultad de ordenar mediante sentencia la reparación integral, material e inmaterial. Este efecto reparatorio puede ser de naturaleza indemnizatoria o patrimonial.

3.2.3. Acción informal

El carácter sumario, la inmediatez, la celeridad y la preferencia de la acción constitucional ordinaria de protección implica que también sea informal, pues si no lo fuera estaría en contradicción con la esencia misma del recurso. Todas las características tienen relación entre sí y funcionan en forma coordinada; ninguna excluye a otra y bajo ningún concepto puede ser excluida; si esto se diera, simplemente, la acción perdería su razón de ser, convirtiéndose en otra acción ordinaria más.

El numeral uno del Art. 43 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el periodo de Transición dispone: “El ejercicio de las garantías jurisdiccionales de los derechos no requerirá de formalidad alguna”.²⁹¹

El trámite de esta acción se caracteriza por ser informal. Al respecto señala Cueva Carrión que:

El formalismo es propio de la justicia ordinaria por eso es lenta y llega cuando ya no se la necesita, en cambio en la acción de protección, ningún formalismo se justifica, bajo ningún pretexto, porque formalismo que ingresa al procedimiento constituye una nueva forma de injusticia y de corrupción y esta acción fue creada para combatirlas.²⁹²

²⁹¹ Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Art. 43.

²⁹² Cueva- Carrión, *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*, 79.

Por tanto, en el trámite de esta acción no se permite formalidad alguna que retarde el procedimiento; por esta razón la oralidad es su mejor aliada. Es por el carácter mismo de su informalidad que se permite presentar la demanda, ya sea por escrito, en forma verbal, o en cualquier otra forma de expresión sin necesidad de ningún requisito adicional.

La informalidad es de tal grado que no se exige citar la norma legal infringida y no es necesario el patrocinio de un abogado para proponer la acción, conforme así lo dispone el literal c) del art. 86 de la Constitución.

Es por lo que a la acción constitucional ordinaria de protección se la concibe como un verdadero escudo que impide que la injusticia forme parte de una sociedad civilizada y respetuosa de los derechos de las personas. En este sentido, para que tenga plena efectividad la normativa jurídica el legislador ha dispuesto que sea presentada informalmente.

3.2.4. Acción inmediata directa.

La acción constitucional de protección no concibe un carácter secundario. Es por lo que debe ser propuesta en forma inmediata; es decir, tan pronto como ocurre la violación de los derechos constitucionales, sin esperar la conclusión de un trámite de otra especie. Se interpone en forma directa y, así mismo, la protección debe ser directa y eficaz, ya que la acción que en la práctica no tiene eficacia carece de valor y solo sirve para que los derechos garantizados constitucionalmente sean una mera enunciación.

En cuanto al trámite, además de ser preferente, también debe gozar de celeridad, pues de nada sirve que se acepte a trámite la acción con rapidez y diligencia, si luego se demora su tramitación, o el juez consienta a las partes procesales la introducción de cualquier enredo procesal o de incidentes que atenten en forma directa contra la celeridad del recurso.

El literal e) del numeral dos del Art. 86 de la Constitución dispone: “e) no serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho”.²⁹³ Por lo

²⁹³ Constitución de la República del Ecuador, Art. 86.

tanto, todas las normas adjetivas que no concuerden con esta disposición carecen de validez, pues constitucionalmente se encuentran derogadas y en forma expresa.

Más aún el literal h) del numeral dos del Art. 44 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el periodo de Transición dispone: “h) en ningún caso se admitirá inhibición de la jueza o juez”.²⁹⁴

3.2.5. Preferencia procesal

El recurso goza de preferencia en cuanto a la tramitación, por lo tanto, su sustanciación debe ser en forma prioritaria. Para un juez no puede existir nada más importante que esta acción y ninguna circunstancia puede paralizar su ejecución, no tienen cabida ningún tipo de incidentes y, peor aún, actuaciones que generen dilataciones innecesarias.

La acción constitucional ordinaria de protección tiene que evacuarse con preferencia y celeridad, de lo contrario no se estaría cumpliendo con los fines para los cuales la misma se creó.

3.2.6. La subsidiariedad de la acción de protección

Tanto en la Constitución Política de 1998, el amparo constitucional, como en la Constitución del 2008, la acción de protección, no son residuales. Examinemos lo que expresan las disposiciones constitucionales sobre estas garantías. En la Constitución del año 1998 el amparo constitucional se establece en el Art. 95 de la siguiente manera:

Mediante esta acción que se tramitará en forma preferente y sumaria, se *requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos* de una autoridad pública que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente amenace con causar un daño grave.²⁹⁵

²⁹⁴ Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Art. 44.

²⁹⁵ Constitución Política de la República del Ecuador, [1998], Art. 95. (resaltado nuestro).

La Constitución de año 2008 dispone: “La acción de protección tendrá por objeto *el amparo directo y eficaz* de los derechos reconocidos en la Constitución”.²⁹⁶ Se evidencia que, en el primer caso, referido al amparo constitucional, se trata de una acción que se tramitará en forma preferente y sumaria, mientras, en el segundo caso, se determina que el objeto de la acción de protección es el amparo directo y eficaz para proteger los derechos humanos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales.

Atendiendo a la interpretación de las transcritas disposiciones, es claro, que tanto el amparo constitucional como la acción de protección no son acciones subsidiarias o residuales a las acciones de la justicia ordinaria, más aún cuando estas acciones se constituyen en guardianas de la constitución, y tutelan lo más sagrado de una sociedad: los derechos fundamentales de las personas.

En relación con la acción de protección, el legislador a través de la promulgación de la LOGJCC restringió la misma, al determinar en el Art. 40 de propia ley los requisitos de procedencia, como al señalar los casos en que la Acción de Protección no procede en el Art. 42. En concreto, se subsidiarizó la acción, violentando la propia Carta Magna, conforme posteriormente se analiza.

Debe hacerse énfasis, en que la acción de protección ampara derechos constitucionales, no así los derechos legales. Mas, siendo función de las leyes desarrollar la aplicación de los principios, derechos e institucionalidad reconocida en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos la justicia ordinaria tiene como fin brindar una protección legal a los mismos.

En este sentido, indirectamente es una protección constitucional, pero también una protección directa, porque en todo tipo de proceso ordinario, los jueces se encuentran obligados a observar y aplicar directamente las normas constitucionales,

²⁹⁶ Constitución de la República del Ecuador, Art. 88. (resaltado nuestro).

aun cuando las partes no las hubieren invocado expresamente, de esta manera se encuentra establecido en los artículos 172²⁹⁷ y 426²⁹⁸ de la Constitución.

Nuestro sistema jurídico, en relación con la protección de los derechos: trabajo, libertad, propiedad, seguridad, entre otros, se cimienta en los mecanismos ordinarios determinados en las leyes: Código del Trabajo, Código Civil, Código Penal y otros.

Por el contrario, las garantías constitucionales constituyen una innovación actual no desarrollada legislativa, doctrinaria ni jurisdiccionalmente, cuya aplicación ha traído grandes dificultades en nuestro ordenamiento, determinando que estas, y en especial la acción de protección, se termine desnaturalizando en su esencia tutelar.

La legislatura, justamente en el afán de poder distinguir entre constitucionalidad y legalidad de los derechos, ha buscado generar restricciones al uso y abuso que provocaría la justicia constitucional que desplaza a la justicia ordinaria, provocándose el caos y saturación de los juzgados de primer nivel y en las Cortes Provinciales de Justicia, que son quienes conocen y sentencian en primera y segunda instancia, respectivamente.

Se busca delimitar el acceso a la acción de protección, ya que, como se indicó, no es fácil distinguir o separar la constitucionalidad de la legalidad. La LOGJCC en sus artículos 40 numeral 3 y 42 numeral 4 establece pautas restrictivas a la acción de protección, que le darán la característica de residual. El Art. 40 dispone: “La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 3). Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”.²⁹⁹

De lo que deducimos que la persona que pretenda instaurar una acción de protección, además de los demás requisitos previstos en el Art. 40 de la LOGJCC, debe

²⁹⁷ Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.

Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia. Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.

²⁹⁸ Art. 426- “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución”.

²⁹⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 40.

cerciorarse de la inexistencia de otro mecanismo adecuado y eficaz para proteger el derecho.

Es decir, que para que sea procedente la acción de protección no debe existir otro mecanismo de defensa judicial que posea estas dos características. Si la acción legal u ordinaria de defensa solo posee una de estas dos características o ninguna de las dos, la acción de protección se torna procedente.

En el Art. 42 de la misma ley se dispone: “Improcedencia de la acción. La acción de protección de derechos no procede: 4) Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial. Salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”.³⁰⁰ Al término adecuado se le puede definir como: “Apto, apropiado o conveniente de acuerdo con las circunstancias o según las finalidades”;³⁰¹ mientras que al término eficaz se lo define como “propio, adecuado o efectivo para un fin”.³⁰²

Esto pone de manifiesto que la persona que pretenda instaurar una acción de protección contra un acto administrativo debe probar que la vía judicial legal u ordinaria no es adecuada ni eficaz, es decir, en esta circunstancia al accionante no le basta con demostrar para que proceda la acción de protección que la vía ordinaria no es eficaz o no es adecuada, sino que se encuentra en la obligación de demostrar que la vía judicial no posee ambas características.

De lo manifestado, si bien el legislador al poner en vigencia la LOGJCC con las disposiciones analizadas se entiende que busca dar pautas para que los jueces diferencien entre los derechos legales y constitucionales como requisito de procedencia de la acción de protección; en la práctica se ha subsidiarizado la acción.

Así, los administradores de justicia constitucional con el solo hecho de indicar que existen mecanismos de defensa legales para garantizar la protección de los derechos constitucionales que se encuentran dentro del marco normativo legal brindan al ciudadano la tranquilidad de accionar ante los órganos jurisdiccionales para exigir la reivindicación de sus derechos.

³⁰⁰ Ibid. Art. 42.

³⁰¹ Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 156.

³⁰² Ibid.

3.4.3. Análisis jurisprudencial de la acción ordinaria de protección

Al considerar la naturaleza de la garantía jurisdiccional consistente en la acción de protección se puede acudir a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que, al respecto, dispone lo siguiente:

La acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria. El juez constitucional cuando de la sustanciación de garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías. El razonamiento que desarrolla la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que la acción de protección procede cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.³⁰³

En efecto, establece la sentencia que la acción de protección no se dispone en atención a derechos infraconstitucionales, que a pesar de que no escapan de una protección constitucional pueden de manera idónea y eficaz ser ventilados y resueltos mediante otros mecanismos, esto en completa sincronía con el espíritu de la LOGJCC, más no así de la propia constitución.

En referencia a la mencionada eficacia e idoneidad del procedimiento para ventilar la trasgresión de derechos constitucionales, el artículo 40 numeral 3 de la LOGJCC establece condiciones para la admisibilidad y/o procedibilidad de este especialmente ante el requerimiento de la ausencia de otro mecanismo procesal adecuado para la protección, restablecimiento o resarcimiento del derecho constitucional que ha sido transgredido o amenazado.

³⁰³ Corte Constitucional, [Causa N° 01000-12-EP], en Sentencia N° 0016-13-SEP-CC, 16 de mayo de 2013.

En atención a este particular, la Corte Constitucional ha dilucidado la cuestión del procedimiento idóneo para restaurar el derecho, prescribiéndolo de la siguiente manera:

El término “adecuado” ha sido concebido como “apropiado a las condiciones, circunstancias u objeto de algo”. Ello trae como consecuencia que el mecanismo invocado para reparar o detener la vulneración de un derecho sea el idóneo, apto para restaurar ese derecho. Por su parte, la palabra “eficaz” significa que el objeto, medio, mecanismo, etc., sea capaz de lograr el objeto que se desea o persigue. Por tanto, cuando se activa la justicia constitucional por medio de una acción de protección, se está invocando el funcionamiento de un procedimiento sencillo, rápido, eficaz y oral (artículo 86 numeral 2 literal a de la Constitución de la República), por cuanto la conducta de la autoridad pública o el particular ha afectado, menoscabado, violentado el ámbito constitucional de un derecho.³⁰⁴

La Corte igualmente reafirma los límites de la acción de protección mediante criterio sostenido en sentencia del mismo año 2013, donde entre otras cosas se afirma:

La acción de protección no constituye un mecanismo de superposición o reemplazo de las instancias judiciales ordinarias, pues ello ocasionaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional estatal establecida por la Constitución [...] no sustituye a todos los demás medios judiciales pues en dicho caso, la justicia constitucional pasaría a asumir potestades que no le corresponden, afectando la seguridad jurídica de los ciudadanos y desvirtuando la estructura jurisdiccional del Estado y desconociendo la garantía institucional que representa Función Judicial.³⁰⁵

Así la Corte hace un somero intento de establecer el alcance de los vocablos “adecuado y eficaz”, en referencia a la acción de protección limitando su ámbito de aplicación, restringiéndose a los supuestos de ataques a derechos fundamentales que no puedan ser protegidos a través de otro procedimiento establecido.

Este aspecto da lugar a la consideración de los supuestos de inadmisibilidad establecidos en el artículo 40 de la LOGJCC, pues, la ley dispone mediante una sola figura procesal, aplicar los supuestos de inadmisibilidad.

³⁰⁴ Ibid.

³⁰⁵ Corte Constitucional, [Caso N° 00470-12-EP] en Sentencia N° 0041-13-SEP-CC, año 2103.

La Corte, con decisión vinculante, hace una interpretación del *ut supra* mencionado artículo y determina que los supuestos de inadmisibilidad y los de improcedencia deben ser declarados mediante sentencia motivada y, será el juez a quién le corresponda probar el incumplimiento o la falta de existencia de los supuestos de admisión y procedencia de la causa alegándolos y explicándolos en su motivación.³⁰⁶

Jurisprudencialmente, se han interpretado las normas de carácter constitucional y legal con el fin de establecer un criterio frente a las disposiciones existentes en el procedimiento de acción de protección, sin embargo, el carácter directo que le otorga la constitución a este mecanismo de protección hace que dicha interpretación sea innecesaria puesto que el marco constitucional es bastante preciso en cuanto al procedimiento y parámetros a seguir. Por otra parte, se crean interrogantes respecto a las interpretaciones de la misma Corte en lo referente a la dimensión constitucional de los derechos, a decir: “es aquella que tiene relación directa con la dignidad de las personas como sujetos de derechos”³⁰⁷ lo que quiere decir que, no solo se incluyen los derechos garantizados en la Constitución como fundamentales sino también son incluidos todos aquellos derechos inherentes a la dignidad humana.³⁰⁸

A pesar de la necesidad de concreción respecto a la dimensión constitucional de los derechos, en virtud de la amplia gama de derechos que se han constitucionalizado a través de la fundamentación del Estado constitucional, se ha dejado al juez constitucional el discernimiento de ello. La Corte Constitucional hace un esbozo de la eficacia del procedimiento respecto a las garantías de los derechos fundamentales y la aptitud para restablecer el derecho lesionado.

Así, siempre que se esté frente a una violación de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial contra políticas públicas cuando supongan la privación o goce del ejercicio de los derechos constitucionales, y cuando la violación proceda de una persona particular, si la vulneración del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación, la vía constitucionalmente válida es la acción de protección.³⁰⁹

³⁰⁶ En Corte Constitucional, [Caso N° 0380-10-EP].

³⁰⁷ Corte Constitucional, [Causa N° 01000-12-EP].

³⁰⁸ CRE, Art. 11, numeral 7.

³⁰⁹ Corte Constitucional, [Caso N° 0530-10-JP], en Sentencia N° 001-16-PJO-CC, 2016.

De ello deriva que será el juez el que establecerá cuál es la jurisdicción idónea y eficaz para ventilar los casos de violación de derechos. En este sentido, es la propia Constitución la que señala que el proceso es el medio para la realización de la justicia, de modo que pueda acudir a él para reclamar, de forma ordinaria, los derechos subjetivos y únicamente, como excepción, mediante la vía de acción de protección, que representa una solución extraordinaria a los conflictos jurídicos si, y solo si, se ha desconocido la dimensión constitucional del derecho invocado.³¹⁰

Esto reviste especial importancia respecto a la acción de protección frente a los particulares, ya que generalmente las relaciones e interacciones entre las personas tienden a estar enmarcadas en procesos de derecho civil y afines, siendo en todo caso lo más importante determinar la dimensión del derecho y la eficacia para resolver la controversia.

³¹⁰ CRE, Art. 169.

3.4. Situaciones en las que procede la acción de protección contra particulares

En este acápite se analiza las situaciones en las que procede la acción de protección contra los particulares. En la Constitución de 1998 se estableció la garantía de amparo constitucional contra particulares, sujetándose la legitimación pasiva a dos circunstancias:

1. Se podía interponer acción de amparo contra actos que vulneraran cualquier derecho fundamental, realizados por particulares que prestasen servicios públicos o actuasen por delegación o concesión de una autoridad pública. Es decir, la violación de un derecho fundamental solo era posible si provenía de una actividad propia de esa calidad y servicios públicos.
2. El amparo procedía contra cualquier particular cuando su conducta afectase grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

En definitiva, existía una limitación formal, en cuanto solo procedía la acción de amparo contra particulares por violación de derechos colectivos cuando estos provenían de actividades vinculadas con los servicios públicos. Existía además una limitación material en cuanto se preveía que solo el amparo procedía contra cualquier particular que haya afectado gravemente derechos difusos y colectivos.

El poco avance doctrinario, conceptual y jurisprudencial sobre temas como: la prestación de servicios públicos por particulares, qué debe entenderse por la afectación grave de derechos fundamentales, lo que implicaban los derechos colectivos y difusos, originaron una frágil actividad jurisdiccional respecto a los casos en que los particulares vulneraban derechos, en la mayoría de las sentencias, tanto de jueces como de los vocales del Tribunal Constitucional. Se limitaron a rechazar las acciones indicando que no eran procedentes, por ende, no entraron a conocer y resolver las situaciones de fondo. No hubo desarrollo de lineamientos ni directrices para hacer efectivos los derechos constitucionales.³¹¹

³¹¹ Ávila Santamaría, Ramiro, *Retos de una institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008).

En la actual Constitución de Montecristi se amplían las situaciones en las que puede ser activada la acción de protección frente a particulares, debiendo ser interpretadas en contexto con los principios y demás normas constitucionales en cada caso concreto.

Será con la promulgación de la LOGJCC y su Art. 41, numeral 4, que se determinará con mayor exactitud los presupuestos en los que procede la acción de protección en contra de los particulares, dicho artículo prescribe que se puede interponer la acción de protección ante todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado cuando:

- Presten servicios públicos impropios;
- Actúen por delegación o concesión del Estado;
- Provoquen daño grave; y,
- En los casos en los que la persona afectada se encuentre en situación de a) subordinación, b) indefensión; y c) discriminación.

A continuación, se analizarán las causales transcritas en el siguiente orden y sistematización: en primer lugar, la causal de daño grave, en segundo lugar, la prestación de servicios públicos impropios, en tercer lugar, las actuaciones por delegación o concesión del Estado y por último cuando se dan situaciones de subordinación, indefensión y discriminación.

Mas, previo a dicho análisis, brevemente se hará referencia a un requisito que debe estar presente en todas y cada una de las causales: la existencia de violación de un derecho fundamental, que muchas veces ha traído confusiones al reclamarse la legalidad de los derechos.

3.4.1. Requisitos de admisibilidad de fondo de la acción de protección.

Estos requerimientos conllevan a que el juzgador al realizar el examen de admisibilidad de la acción debe verificar, prima facie, que se discuta la posible violación de un derecho constitucional.

El examen de admisibilidad no debe demandar la misma intensidad que el examen de control del fondo de la acción, en cambio, debe decidirse si verdaderamente existió o no una violación de derechos constitucionales, pues son dos momentos distintos que no deben confundirse a la hora de resolver cada una de las etapas del proceso.

Al respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia No. 001-10-PJO-CC Caso No. 0999-09-JP, manifestó:

El Juez Constitucional no declaró la vulneración a derecho constitucional en su primera providencia; por el contrario, dejó sin efecto el acto por violar normas legales, ámbito material de protección ajeno a la acción de protección y atinente a los mecanismos de justicia ordinaria. La acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad.³¹²

En este sentido, la violación de normas legales, reglamentarias o de otro tipo, que no sean constitucionales y que no violente ningún derecho fundamental, no las puede conocer el juez constitucional puesto que no es competente para ello, en cuanto son materia de la jurisdicción ordinaria.

Así lo ha expresado también la Corte Constitucional de Colombia³¹³ advirtiendo que si solo se observa la mera violación de derechos de rango legal la acción de tutela no es admitida. Esto lo analizó la Corte al revisar un asunto en el que se pedía la intervención del juez constitucional para que observe un contrato cuyas cláusulas se consideraban violatorias de derechos fundamentales.

Además, indicó que solamente de forma excepcional los contratos son objeto de revisión por la jurisdicción constitucional, pues generalmente son asuntos cuyo debate se centra principalmente en obligaciones contractuales definidas legal y convencionalmente.

De igual forma, la Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de Transición, guiada por la Convención Americana de Derechos Humanos y la Comisión

³¹² Corte Constitucional, [CASO N° 0999-09-JP] en Sentencia N° 001-10-PJO-CC, Segundo Suplemento. Registro Oficial N° 351, miércoles 29 de diciembre del 2010.

³¹³ Corte Constitucional de Colombia, [Caso Revisión de Contratos], en sentencia T-222/2004, Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

Interamericana de Derechos Humanos³¹⁴, ha indicado que en la etapa procesal de admisibilidad a trámite de una acción constitucional solamente es necesario:

Verificar que en la demanda se aleguen presuntas violaciones de derechos constitucionales y que el señalamiento de tales violaciones esté acompañado de una argumentación que explique las razones por las que tales derechos fueron violados. Este análisis tampoco puede caer en el extremo de la simplicidad de analizar únicamente la enunciación de normas constitucionales relacionadas con una argumentación inconsistente, porque no tendría razón de ser la etapa de admisibilidad en los procesos constitucionales.

En este mismo auto se tomó como fundamento lo dicho por la Comisión Interamericana en el caso sobre admisibilidad No. 11.277 de Eduardo Carlos Carrillo Hernández y Amalia Wahibe Mariategui Succar contra Perú, en el que esta dijo que debe realizarse “una evaluación *prima facie* para examinar si la denuncia fundamenta la aparente o potencial violación de un derecho garantizado en la Convención y no para examinar la existencia de una violación”.³¹⁵

Es importante resaltar que, en el examen del caso concreto, la intensidad que demanda la admisibilidad, al momento de ser aplicada por el juzgador, puede generarle dudas al respecto, debiendo en tales casos aplicar el principio *pro homine* y entrar a sustanciar y resolver el fondo del asunto planteado.

En el año 2013 la Corte Constitucional ecuatoriana realizó una aclaratoria respecto a las pautas que deben observar los jueces en relación a la admisión o inadmisión de las acciones de protección por elementos de forma; además se especificó cuáles son las diferencias entre la inadmisión y la improcedencia de la acción tomando en cuenta la oportunidad procesal en que se ejerce³¹⁶, dicha interpretación fue llevada a cabo acorde a lo establecido en los artículos 40 y 42 de la LOGJCC..

En este orden de ideas, la Corte dictaminó que, el momento procesal para establecer la concurrencia de las causales para la improcedencia de la acción de

³¹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, [Informe de Admisibilidad del caso Esmeralda Herrera Monreal vs México] en No. 15/05, 24 de febrero del 2005.

³¹⁵ Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de Transición, [Auto de admisibilidad de la acción extraordinaria de protección] en No. 162-09-EP, de fecha 16 de julio del 2009, a las 17h23.

³¹⁶ Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de Transición, [Auto de admisibilidad de la acción extraordinaria de protección] en No. 162-09-EP, de fecha 16 de julio del 2009, a las 17h23.

protección son las caracterizadas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5³¹⁷ del Art. 42. LOGJCC.³¹⁸ La negación en la admisión de la acción debe declararse mediante sentencia motivada. Por otra parte, la declaración de la inadmisión contemplada en los numerales 6 y 7 del mencionado artículo se llevará a cabo en la calificación de la demanda y se realizará a través de auto de inadmisión en el que se justificará las razones por las cuales resulta inaceptable.³¹⁹

En este sentido, la Corte Constitucional ha manejado la interpretación, mediante la cual se establece que para determinar si la acción de protección es admisible o no se requiere de un análisis de fondo del asunto ventilado a través de esta junto a los parámetros establecidos en el Art. 40 de la LOGJCC que versan sobre los requisitos que deben concurrir para poderse interponerse.³²⁰

Es así como la Corte Constitucional, marca las pautas respecto a la inadmisión o improcedencia, fundamentándose si tal negativa obedece a cuestiones de forma o de fondo respecto a la acción de protección, fijando el momento procesal en el cual se podrán resolver mediante estas figuras legales.

3.4.2. Violación de derechos constitucionales por particulares que provoquen daños graves

Toda vulneración, violación de un derecho fundamental que se provoque por particulares en la prestación de un servicio público, en los casos de subordinación, indefensión o discriminación ocasionará, de por sí, daño grave.

Sin embargo, el ex Tribunal Constitucional intentó definir lo que significaría la gravedad. Al respecto la Primera Sala del Tribunal determinó en la resolución No. 001-RA-99-I.S que “un acto administrativo ilegítimo es grave cuando el efecto que ha

³¹⁷ LOGJCC, Art. 42 “La acción de protección de derechos no procede: 1) Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales. 2) Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación. 3) Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos. 4) Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz. 5) Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho”.

³¹⁸ LOGJCC, Art. 42 La acción de protección de derechos no procede: 5) Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho. 6) Cuando se trate de providencias judiciales.

³¹⁹ Corte Constitucional, [Caso Eliana Guillén Cordero], en Caso N° 0380-10-EP, Sentencia N.º 102-13-SEP-CC, publicada en Gaceta Constitucional N° 005 - viernes 27 de diciembre de 2013.

³²⁰ *Ibíd.*

de producirse es grande, cuantioso o casi permanente”.³²¹ La jurisprudencia colombiana, que ha desarrollado este tema, ha determinado que:

La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación de la persona, objetivamente, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefensión jurídica, a todas luces inconveniente.³²²

El legislador, en la LOGJCC, en el capítulo referente a las medidas cautelares, Art. 27 contextualiza lo que implica un daño grave, determinando que el mismo existe “cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación”.³²³

En la anterior constitución ecuatoriana, la acción de amparo consideraba a la inminencia de daño grave como un requisito de procedimiento de la acción. Mientras que, para la actual Carta Magna y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, constituye una causal más en la que puede incurrir el particular para ser objeto de la acción de protección, constituyendo la misma un supuesto indeterminado que podría abarcar un ilimitado número de circunstancias fácticas.

Sin embargo, tanto la jurisprudencia como la propia Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establecen algunas características que permiten delimitar y calificar si el daño es grave; son: provocar daños irreversibles, sean grandes o cuantiosos, intensos o permanentes.

En último término corresponderá al administrador de justicia constitucional, jueces de primera y segunda instancia con base en la sana crítica y ponderando los derechos en litigio, calificar el daño grave y aceptar o no la acción de protección interpuesta; y, la propia Corte Constitucional deberá precisar el contenido esencial de esta causal.

³²¹ Oyarte Martínez, Rafael *La acción de amparo constitucional*, 2da Edición (Quito: Fundación Andrade y Asociados Fondo Editorial, 2006)

³²² Sentencias ST-225/93 de la Corte Constitucional de Colombia, citada por: Estrada, Alexei Julio *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Universidad Externado de Colombia.

³²³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, [2009], Art. 27.

Lo que sí se encuentra determinado y no genera la menor duda, es que la gravedad del daño debe encontrarse íntimamente relacionada con la vulneración del contenido esencial de los derechos constitucionales; debe existir una relación causa-efecto, de conformidad a lo expresado en el punto anterior.

3.4.3. Violación de derechos constitucionales por particulares en la prestación de servicios públicos impropios, por delegación o concesión

En la Carta Magna ecuatoriana la provisión de servicios públicos se encuentra profundamente ligada a la finalidad misma del Estado, teniendo este la obligación de garantizar los derechos del buen vivir, como son: agua, alimentación, ambiente sano, educación, comunicación e información, cultura y ciencia, hábitat y vivienda, trabajo y seguridad social. El cumplimiento de estos derechos se lleva a cabo a través de la prestación de servicios públicos, actividad realizada por el Estado o por los particulares, cumpliendo con los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad”,³²⁴ cuestión ratificada en el Art. 85 numeral 1 que establece: “las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos y se formularán a partir del principio de solidaridad”.³²⁵

En este mismo sentido, el Art. 11 numeral 9 establece: “el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos”³²⁶

De las normas transcritas de la carta fundamental se extrae dos conclusiones: primero, el fin del Estado es la provisión de servicios públicos y, en segundo lugar, existe responsabilidad estatal en la prestación de dichos servicios razón por la cual el constituyente determinó garantías que permitan el cumplimiento de los enunciados y derechos antes detallados, entre ellos, la acción de protección.

³²⁴ Ibid. Art. 313

³²⁵ Ibid. Art. 85.

³²⁶ Ibid. Art. 11, numeral 9.

3.4.3.1 *El servicio público: concepto*

A lo largo de la historia del hoy conocido Derecho Administrativo no ha existido un concepto concreto, inequívoco de la alocución “servicio público”, sin embargo, para la presente investigación se debe dar un aporte que conlleve a una somera definición. Roger Bonnard, quien fuera decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burdeos de Francia, indica: “Los servicios públicos son las organizaciones que forman las estructuras mismas del Estado. Considerado desde el punto de vista realista, el Estado se presenta como constituido por el conjunto de los servicios públicos”. Bajo este criterio, se mantuvo gran influencia de la noción de servicio público, a finales del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, de destacados juristas de la Escuela de Burdeos, tales como Duguit, Jéze, Roland y el antes mencionado Bonnard, perdiendo preponderancia luego de la Segunda Guerra Mundial.³²⁷

En este orden de ideas, Duguit lo define de la siguiente manera:

Como toda actividad cuyo cumplimiento debe estar asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y porque además, es de tal naturaleza que no se puede ser completamente realizada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante³²⁸.

Ahora bien, para el administrativista Eloy Lares Martínez el servicio público es: “toda actividad que en virtud del ordenamiento jurídico debe ser asumida o asegurada por una persona pública territorial con la finalidad de dar satisfacción a una necesidad de interés general”.³²⁹

De acuerdo con la anterior definición, el autor, al distinguir el territorio, expresa la delimitación que posee el servicio público, conforme a su categoría: nacional estatal o municipal; asimismo, se debe distinguir las actividades económicas que asume el Estado en contraste con el servicio que presta a los particulares.

³²⁷ Lares, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, XII Edición, (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2001).

³²⁸ *Ibíd.*205

³²⁹ *Ibíd.*206

Toda vez que, en las actividades pecuniarias se percibe un capital para el funcionamiento propio de la nación, existen servicios que para poder disfrutarlos se debe cancelar una tarifa; por ejemplo: agua, luz, telecomunicaciones, entre otros. Sin embargo, otros servicios como: salud y educación no son tarifados puesto que se constituyen como una contraprestación que otorga el Estado por el pago de impuestos de manera directa o indirecta por parte de los ciudadanos.

En este sentido, cabe referirse al servicio de agua, luz, telecomunicaciones, entre otras, por los cuales se debe pagar directamente una tarifa, para disfrutar de dichos servicios, a diferencia por ejemplo, de la salud o educación pública. Sin embargo no es menos cierto que los tributos reflejados en impuestos directos o indirectos, mediante la recaudación general, se traducen en la contraprestación de servicios a los conciudadanos.

Para Herman Jaramillo, el servicio público es: “Toda actividad que ejerce directa e indirectamente la Administración Pública para satisfacer necesidades colectivas, sujeto a un régimen jurídico especial y al control de autoridad competente”.³³⁰

Duguit, citado por Efraín Pérez, en su libro *Manual de Derecho Administrativo*, define al servicio público como:

Toda actividad cuyo cumplimiento debe asegurarse, reglarse y controlarse por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desarrollo de la interdependencia social, y que ella es de tal naturaleza que no se puede realizar completamente más que por intervención de la fuerza gobernante.³³¹

De los conceptos citados, señalamos como elementos o características fundamentales de los servicios públicos los siguientes:

- El servicio público cumple una función fundamental para la sociedad y las personas.

³³⁰ Jaramillo Ordóñez, Herman, *Manual de Derecho Administrativo*, (Loja: Universidad de Loja, 2001), 87.

³³¹ Pérez Camacho, Efraín, *Manual de Derecho Administrativo*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008), 64.

- Puede ser ejercido directa o indirectamente por la administración pública
- Es obligación de la administración pública la vigilancia, control y regulación de los servicios públicos.

Los conceptos citados coinciden con la concepción teórica material de los servicios públicos, según la cual el servicio público más que un concepto jurídico es un hecho, una realidad, es decir, se toma la naturaleza de esta para definirla como tal y no la declaración de un órgano del Estado, contraponiéndose así a la concepción orgánica que plantea que el servicio público depende del ente que lo preste.

Esta concepción ampliará, por lo tanto, el ámbito de los servicios públicos de los expresamente enumerados en la Constitución y la ley, siendo que correlativamente se ampliará la esfera en la que proceda la acción de protección, dependiendo en último término de la sana crítica del juez constitucional que delimitará ¿qué es? y ¿qué no es? un servicio público.

Actividades privadas como la banca, los seguros, la recreación y otros, que cumplen una función fundamental para la sociedad y, que no se encuentran reconocidas expresamente como servicios públicos, podrán ser tomadas como tales en cuanto a su naturaleza y por lo tanto como garantía de su cumplimiento proceder la acción de protección.

3.4.3.2 Elementos jurídicos comunes de los servicios públicos

La doctrina ha establecido algunos elementos de los servicios públicos, según Efraín Pérez son los siguientes:

- La continuidad del servicio.
- La igualdad de los usuarios.
- La adaptación del servicio a las necesidades del público.

Los servicios como el agua potable, la luz eléctrica y el alcantarillado deben tener continuidad; su corte, interrupción o suspensión afecta gravemente a las personas. Tiene que prestarse en igualdad de condiciones, para todas las personas, con los mismos derechos y garantías, de acuerdo con el principio de igualdad ante la ley,

como garantía ciudadana que todo ser humano debe tener, con el libre acceso y uso de los servicios públicos.

Deben adaptarse a las necesidades del público, en cuanto ese es su fin fundamental, satisfacer necesidades básicas de las personas; de ahí la existencia de la primacía del interés general sobre el particular, así como el reconocimiento de las diferencias que pueden darse en la sociedad, con grupos diversos, de acuerdo a sus características que requieren la prestación de un servicio distinto, tal es el caso de la distinción entre personas de la tercera edad o personas con movilidad reducida, que requieren un trato preferencial respecto a otros.³³²

La Carta Magna, en el Art. 313, establece: “El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad”. Justamente el incumplimiento de alguno de estos elementos por parte de prestadores del servicio atenta contra derechos fundamentales del buen vivir, pudiendo proceder una acción de protección

3.4.3.3 Clasificación

De acuerdo con la doctrina los servicios públicos se clasifican en:

- Servicios públicos esenciales: son aquellos vinculados con la existencia de las personas, como: el agua potable, luz eléctrica, vivienda; y, con la soberanía del estado, como la justicia y la seguridad interna y externa.
- Servicios públicos no-esenciales: son de carácter secundario, como museos, teatros, estadios, etc.
- Servicios públicos propios: son prestados directamente por el Estado.
- Servicios públicos impropios: son prestados por intermedio de otros órganos o personas particulares de acuerdo a disposiciones reglamentarias establecidas por la Administración Pública.

La constitución nacional adoptó la teoría material del servicio público, reconociendo que los servicios públicos pueden ser prestados por particulares, en los

³³² *Ibíd.*

casos de servicios públicos impropios o por delegación o concesión, conforme se analiza a continuación.³³³

3.4.3.4 La delegación y concesión de los servicios públicos.

La CRE reconoce la posibilidad de la delegación de los servicios públicos a los particulares, estando consagrado en el Art. 316, siendo del tenor siguiente:

El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en los cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico. El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades en los casos que establezca la ley.³³⁴

Mientras que en el Código Orgánico de la producción, Comercio e Inversiones se establece la delegación en forma genérica como aquella que puede asumir varias figuras jurídicas, entre ellas la “concesión, asociación, alianza estratégica, u otros tipos contractuales de acuerdo a la ley”³³⁵

En los casos donde se asuma la delegación: concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas contractuales y se pueda llegar a vulnerar los derechos fundamentales por parte de particulares, es procedente la acción de protección puesto que así se encuentra establecido en el artículo 88 de la CRE y el artículo 41 de la LOGJCC.

Por lo que en este caso la concesión sería una de las formas específicas que adopta la delegación. Al respecto Moran-Deviller manifiesta: “El contrato de delegación más antiguo y más extendido es el de la concesión que aplica en los tres campos principales: la concesión de ocupación de espacio público, la concesión de obras públicas, o la conexión de servicio público”.³³⁶

La concesión conforma facultades y el deber de ejercerlas en un determinado sentido, con la extensión que la administración determine, además divisible en un lapso

³³³ Ibíd.

³³⁴ CRE. Art. 316.

³³⁵ Quito, Código Orgánico de la producción Comercio e Inversiones, [2010], Asamblea Nacional.

³³⁶ Morand-Deviller, Jaqueline, Curso de Derecho Administrativo, (Bogotá: Externado de Colombia, 2010).

de caducidad, el cual es rescatable por la propia administración³³⁷. En razón de ello la concesión es otorgada bajo ciertos lineamientos y términos que junto al accionar del Estado permiten el cumplimiento de los fines sociales a través de los servicios públicos. Al respecto la CRE, establece: “El estado definirá la vigencia, renegociación y, en su caso, la terminación de los contratos de delegación, de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en los resultados de las auditorías”.³³⁸

Como conclusión, la delegación de un servicio público constituye un contrato en virtud del cual el Estado encarga a una persona natural o jurídica la creación, la organización, el funcionamiento y/o el mantenimiento de un servicio público por un lapso determinado, en las condiciones fijadas, siempre mirando el interés general de la sociedad.

Si bien la concesión de servicios públicos alcanzó la cúspide con el modelo neoliberal, en la actualidad se ha constituido un entramado entre lo económico, jurídico y político en la sociedad, teniendo el Estado el compromiso de ofrecer los servicios con apego a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad, en consonancia de los términos consagrados en la Carta Magna.

3.4.3.5 Procedencia de la Acción de Protección

Para el constitucionalismo liberal, los riesgos y abusos del poder emanaban solo del Estado y las autoridades que lo representan, manifestándose un conjunto de herramientas jurídicas para el control de la arbitrariedad. Mientras que en las relaciones privadas entre ciudadanos reinaba el principio de la autonomía de la voluntad.

En este sentido, el constitucionalismo social y democrático cuestiona el principio de igualdad y libertad formal, sustentándose en la búsqueda de la equidad y libertad de las relaciones privadas, reconociéndose el derecho de sectores poderosos y de sectores vulnerables o excluidos que requieren de la protección de los derechos fundamentales. Surge así la doble vinculación en materia de derechos fundamentales, una vertical Estado-ciudadanos, y, otra horizontal ciudadanos-ciudadanos, según la

³³⁷ García-Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás, Curso de Derecho Administrativo, (Madrid: Thomson Civitas, 2004).

³³⁸ CRE. XXVI disposición transitoria, segundo inciso.

cual se promueven los mecanismos para asegurar la realización efectiva de los derechos fundamentales.

Desde esta concepción, dos serían los fundamentos que hacen posible la existencia de la garantía de la acción de protección o tutelar, conforme se la conoce en el derecho comparado, para que prospere esta acción: una de carácter general, aplicable a todos los casos de violación de derechos constitucionales por particulares y, otra, en el caso concreto de la provisión de servicios públicos impropios o por delegación o concesión.

3.4.3.6 La irradiación de los derechos fundamentales

Este efecto de irradiación, para la dogmática alemana, es conocido como “*Drittwirkung der Grundrechte*”, expresión acuñada a mediados de los años 50 del siglo pasado, referente a la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, de amplia difusión y receptividad en el constitucionalismo contemporáneo occidental. Robert Alexy manifiesta: “actualmente se acepta, en general, que las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal”.³³⁹

La Sentencia C-378/10 de la Corte Constitucional de Colombia que declara inexecutable la expresión “*domiciliarios*”, del numeral 3° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que limitaba la acción de protección, entre uno de sus argumentos, señala: “Dicho efecto de irradiación se extiende a las relaciones jurídicas privadas, debido precisamente a la pretensión de universalidad de los derechos fundamentales, cuyo carácter vinculante se afirma no sólo respecto de los poderes públicos sino también respecto de los particulares”.³⁴⁰

Se entiende que una de las características de los derechos fundamentales es su universalidad y, por lo tanto, que sea oponible al Estado como a los particulares, de modo que al derecho privado, antes dominado por el principio de la voluntad, se le “sobrepone otro orden jurídico; este incluso tiene primacía sobre él, si bien conste solo

³³⁹ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 98.

³⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, [Caso Inexecutable la expresión “domiciliarios”], en Sentencia C-378/10, 1991.

en principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados”.³⁴¹

3.4.3.7 La potestad del particular que presta servicios públicos

La Carta Magna, en armonía con el constitucionalismo social y democrático, contempla la procedencia de la acción de protección en contra de los particulares, sean personas naturales o jurídicas, en virtud de que no solo el Estado puede vulnerar derechos fundamentales.

Es componente esencial de la acción de protección el control de los excesos, la arbitrariedad del poder, siendo indiscutible que resulta aplicable esta acción no solo cuando se trata de autoridades públicas, sino también de instituciones de naturaleza privada, en las condiciones de desigualdad que pueden existir en la sociedad, por estos grupos en el ejercicio de sus actividades, que muchas veces pueden llegar a afectar derechos constitucionales.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, en referencia a los particulares que prestan servicios públicos de interés general, dejó asentado el precedente respecto a la postura asumida como:

Primacía material, con relevancia jurídica, que hace que ese particular, al trascender el plano de la igualdad conmutativa que enmarca una relación de igualdad entre todos los seres de un mismo género, pueda, por medio de sus actos, cometer abusos de poder que atenten contra algún derecho fundamental de una o varias personas.³⁴²

El sustento de la acción de protección contra particulares, encargados de la prestación de cualquier servicio público, sea impropio o por delegación, sienta sus bases en el hecho de que en todos los casos existe una ruptura en las condiciones de igualdad, bajo las cuales normalmente interactúan los particulares en sus relaciones de derecho privado. Un ejemplo de esto es la relación de supremacía que se da entre el operador de un servicio público y el particular puesto que “el operador que brinda el servicio público, [...] dispone de una sólida infraestructura técnica, económica y humana [...] a diferencia del usuario o particular, quien para tales efectos se halla en condiciones objetivas de indefensión” lo que causa que se genere una distancia entre

³⁴¹ Ibid.

³⁴² Ibid.

los particulares puesto a que se suspende o quebranta la igualdad cuando a algunos de ellos realiza la prestación de un servicio público.³⁴³

En este tipo de eventos resulta conveniente que la ley establezca la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que se encuentran en posición de superioridad y, olvidando la finalidad social de sus funciones, puedan vulnerar derechos fundamentales a los demás miembros de la comunidad, siendo la acción de protección el mecanismo constitucional de control a la arbitrariedad de particulares.

Es importante señalar, de conformidad a la referida sentencia de la Corte Colombiana, que no toda conducta del particular que preste servicios públicos debe ser enjuiciada. Solo serán procesados aquellos actos que tengan la potencialidad de amenazar o afectar derechos de naturaleza fundamental, y frente a los cuales no existan otros mecanismos de defensa judicial.

3.5. Particulares en relación con los cuales exista una situación de subordinación, indefensión, discriminación.

Respecto a las causales de subordinación y de discriminación, cabe señalar que estas confluyen en la mayoría de las veces en indefensión, circunstancias estas, que siempre van a estar presentes de una u otra manera cuando los particulares provoquen daño grave y cuando presten servicios públicos impropios o por delegación o concesión estatal. Aspecto que el legislador aborda en el tema de la subordinación e indefensión contemplado en el Art. 41 de la LOGJCC, mismo que guarda plena concordancia con lo dispuesto en el Art. 88 constitucional, tema que como factor determinante suscita en el agraviado el derecho de hacer valer por vía de tutela la protección de sus derechos fundamentales, procediendo a desarrollar y conceptualizar lo que significan cada una de las circunstancias de subordinación, indefensión y la discriminación como elementos preponderantes en la acción de protección.

3.5.1 La subordinación

La subordinación implica dependencia jerárquica de un sujeto subordinado hacia otro que se encuentra en escala superior de mando, existiendo una relación jurídica de superior a inferior, ostentando el superior la facultad de impartir órdenes,

³⁴³ *Ibíd.*

por ende, el inferior o subordinado tiene la obligación de acatarlas. Si bien es cierto la subordinación es un ejemplo claro de obediencia, no es menos cierto que la misma no implica servidumbre.

La subordinación es un acontecimiento que impulsa la acción de protección frente a particulares. Se manifiesta cuando se produce el desnivel jurídico: una persona tiene la obligación de obedecer una decisión arbitraria o de realizar actos para otra que ostenta la condición de autoridad, en virtud del reconocimiento que mediante contrato o de una norma jurídica que así lo dispone. Esto conlleva la vulneración de derechos constitucionales, generando indefensión. Con lo indicado se justifica la necesidad de la existencia de los siguientes elementos constitutivos:

1. Una autoridad y un subordinado;
2. Contrato o norma jurídica que origine dicha relación;
3. Vulneración de derechos constitucionales por:
 - Decisión arbitraria.
 - Obligación contractual, orden verbal o escrita de hacer o no hacer.

La Corte Constitucional de Colombia ha establecido el concepto de subordinación, así como el de indefensión, a través de sus sentencias, para determinar en qué momento se está frente a ellos y por tanto procede la tutela contra particulares.

En la Sentencia 290/93 la Corte estableció el siguiente criterio:

La subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patrones, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, [...] la subordinación respecto de las juntas administradoras de los conjuntos residenciales.³⁴⁴

En la Sentencia 293/94 reiteró el mismo criterio respecto a la subordinación, donde estableció el “estado de subordinación del hijo respecto de los padres que ejercen la patria potestad”.³⁴⁵

³⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, [Sentencia 290], 1993.

³⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, [Sentencia 293], 1994.

Se puede recalcar, de acuerdo a la jurisprudencia citada, que en la relación de subordinación lo característico es el sometimiento de un sujeto a otro, esto puede generar abusos y tratos despóticos; es por ello que para rectificar esa posibilidad de violación de derechos se ha creado la acción de protección, cuyo objeto fundamental es amparar en forma eficaz y directa a quien se encuentra en estado de subordinación frente a un poder económico, social, cultural, religioso o cualquier otro enmarcado en los supuestos anteriores.

3.5.2 La indefensión

El estado en el cual quedan las personas cuando se les niega o se les limita sus medios de defensa se conoce como indefensión, esta se produce cuando se genera un acto ilegal o injusto del juzgador, tal es el caso de la limitación de la promoción de pruebas por parte del juzgador, o la admisión de un proceso en el cual no ha sido citado legalmente el demandado, vulnerando así el ejercicio del derecho a la defensa.

La diferencia notable de la indefensión con la subordinación es que no se requiere un vínculo de carácter jurídico entre sujeto activo y pasivo. El artículo 75 de la CRE consagra este principio de la siguiente forma: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses [...] en ningún caso quedara en indefensión”. De lo transcrito se destaca que las garantías procesales, constitucionales o legales, tienen una misma finalidad, la cual es impedir que un sujeto determinado sufra indefensión en cualquiera de sus formas.

Para que se cumpla este presupuesto es necesario la identificación de los siguientes elementos: a) poder, producto de la posición dominante proveniente de las circunstancias fácticas o jurídicas, pero no de normas, que determinan la relación; b) impotencia del dominado puesto que se están violentando sus derechos constitucionales; c) falta de idoneidad, ineficacia de medios de carácter material, físicos o legales que sean adecuados y eficaces o, en su defecto, por la inoperancia o negligencia de las autoridades administrativas.

Una primera idea del término de indefensión conduce a la carencia de un medio de defensa contra las agresiones a las garantías constitucionales, al respecto la Corte Colombiana le ha dado una interpretación de naturaleza racional al concepto,

configurándola con atención a la existencia de una parte débil y separadamente de la concurrencia de medios de defensa a su disposición.

El literal d) del numeral 4 del Art. 41 de la LOGJCC dispone que: “procede la acción de protección contra todo acto u omisión de las personas naturales o jurídicas del sector privado que viole los derechos cuando la persona afectada se encuentre en estado de *subordinación o indefensión*” (Énfasis añadido).

3.5.3 La discriminación

El concepto de discriminación establecido por la Convención sobre todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, entrada en vigor el 4 de enero de 1969, establece en su artículo 1 la definición de discriminación en el siguiente tenor:

1. En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.³⁴⁶

Ahora bien, empleando el criterio jurídico de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, en un caso de evidente discriminación por concepto de la nacionalidad a una ciudadana colombiana que fue diagnosticada de *Colicistitis/Coledo colitiasis*, quien debía ser operada por este motivo, respecto a la admisibilidad del caso con base en la presunta vulneración del derecho del buen vivir, derecho a la salud, derecho de libertad, derecho a dirigir quejas y peticiones, derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, derecho a migrar; todos estos consagrados en la Constitución vigente, el Órgano Defensor de los Derechos Humanos, estableció un concepto, al momento de dar solución al caso, acerca de que es discriminación. Al respecto dictaminó:

Como la expresión de toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por

³⁴⁶ Organización de las Naciones Unidas, ONU, 1969.

resultado anular o menoscabar el reconocimiento goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier esfera de la vida pública.³⁴⁷

Para la doctrina patria la definición de discriminación en un sentido jurídico significa: “distinguir, privar a un grupo humano de los mismos derechos que disfrutaban todos. Pero la esencia jurídica de la discriminación radica en tratar a un sujeto de forma desfavorable por un motivo prohibido por una norma”.³⁴⁸

Discriminar no es solo diferenciar, en virtud de que un individuo determinado puede recibir un trato distinto de otro y esa divergencia puede estar apegada a la norma. Por lo tanto, para que pueda ser catalogada como discriminación, debe estar establecido o prohibido por el Derecho.³⁴⁹

En este orden de ideas, Cueva Carrión establece una clasificación de la discriminación, dividiéndola en: 1.-directa, 2.-indirecta e 3.-inversa. Distingue la primera como: “toda norma o acto jurídico, público o privado que establezca una norma distinta basada en la pertenencia a una categoría general de un grupo humano para causarle perjuicio”. Esta se efectúa cuando se trata a un individuo de manera menos favorable en comparación a otro sujeto en una situación equivalente.³⁵⁰

La discriminación indirecta se encuentra “presente en toda norma, acto o práctica, pública o privada que, formalmente no es discriminatoria, pero sus consecuencias son adversas para un grupo humano. Este tipo de discriminación se esconde tras de un criterio neutro bajo el cual se cobija”. Se identifica por los resultados que produce a un determinado sujeto o grupo. Por último, se encuentra la discriminación inversa. Se puede definir como el establecimiento de políticas que otorgan a un determinado grupo social que haya sufrido discriminación bajo cualquier concepto, un trato preferencial, colocándolos en una notoria ventaja respecto a otros individuos.³⁵¹

³⁴⁷ Defensoría del Pueblo del Ecuador, [Resolución Defensorial No. 4-DPE-DPI-2016], en Trámite No. 1036-2016-DM - Delegación Provincial de Imbabura.- Ibarra 11 de Enero del año 2017, las 15H00.

³⁴⁸ Cueva Carrión, *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*, 56.

³⁴⁹ *Ibíd.*

³⁵⁰ *Ibíd.* 60.

³⁵¹ *Ibíd.* 62

Conclusión

Luego del análisis realizado se determinó que la acción de protección frente a los particulares se fundamenta en los principios *pro homine* y de igualdad, así como de supremacía constitucional, obligando no solo al Estado a respetarlos sino también al particular.

Por ende, la eficacia directa en el ejercicio de esta acción radica en el reconocimiento de que la Constitución es el manual de mayor importancia, ubicado en el nivel superior del ordenamiento jurídico, para la convivencia de la sociedad. En él se han desarrollado derechos y garantías fundamentales con la finalidad de brindar la defensa necesaria a los ciudadanos al momento en que estos exijan al Estado que se respeten sus derechos y se repare el daño que se le ha ocasionado.

Los derechos constitucionales no son disponibles, ni siquiera mediante contrato, puesto que, estos tienen la característica de ser inalienables, irrenunciables, indivisibles e interdependientes, por lo que es el juez constitucional quién tiene la obligación con base en lo que establece la ley de intervenir para determinar si el Estado o algún particular llevo a cabo algún acto u omisión contrario a estos.

La acción de protección ejercida entre particulares, deber ser igual de eficaz y eficiente que la ejercida entre el particular contra el Estado, debido a que ésta fue creada con el objetivo de controlar el poder arbitrario que unos particulares ejercen sobre otros, control que implicará por parte del juez de instancia entrar a resolver una colisión o choque de derechos constitucionales de dos sujetos; conflictos que tendrán que ser apreciados siempre en el caso concreto, pues sus circunstancias particulares determinarán la idoneidad y eficacia de la acción. En consecuencia, la actuación de los jueces constitucionales de instancia, que son la base de funcionamiento del sistema constitucional, así como los de la Corte Constitucional en la revisión de sentencias y unificación de jurisprudencia van a jugar un rol decisivo, pues de nada servirá el logro obtenido con la positivización de todas estas garantías y derechos contenidos en la Carta Magna si no se aplican o si se restringen.

Los parámetros de inadmisibilidad establecidos de manera generalísima en la ley, se han convertido en frenos de la efectividad de la acción de protección, y evidentemente cuando esta se articula entre particulares, por cuanto, en su génesis la acción de protección fue concebida como un recurso sencillo y ágil para salvaguardar de manera directa y eficaz la protección de los derechos constitucionales; más, las limitaciones normativas existentes frente a la acción de protección, empequeñecen su efectividad debilitando el espíritu de su finalidad que fuere concebido con un mecanismo efectivo de protección, toda vez que, entre otros requisitos para su procedencia, se establece, que esta procede únicamente cuando no existan otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado, lo cual conllevado a que se considere, que para poder articular esta acción constitucional, se deba haber agotado todos los mecanismos de defensa judicial previos en la legislación, según así se encuentra plasmado en el Artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; pero es que en la praxis, no todas acciones que constan en el ordenamiento jurídico ordinario resultan adecuadas, rápidas y eficaces para salvaguardar estos derechos.

Esta limitación de carácter normativo infraconstitucional, no tiene referencia en el texto constitucional, y que al encontrarse normado como un parámetro de inadmisión de esta acción, la trastorna, altera, desplazándola a la esfera, creemos, erróneamente mal pensada, de ser una garantía residual, lo cual ha permitido y permite la discrecionalidad en los administradores de justicia, para catalogar, por sí y ante sí, la existen de otros mecanismos de defensa para la protección de los derechos de letra constitucional vulnerados o quebrantados.

Los mecanismos de defensa constitucional moldeados por el constituyente, tiene como principio y fin la protección de todos los derechos constitucionales de manera directa y eficaz, esa fue la concepción y esa debe ser la orientación.

Súmese a ello, el catálogo normativo contemplado en el Artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que sin restar o ignorar su importancia conceptual, no obstante conlleva otras limitaciones procedimentales que trastocan nuevamente al carácter directo-protector pensado por el legislador constituyente para la acción de protección frente a los derechos constitucionales, lo cual creemos que a su vez, abre un nuevo espacio de discrecionalidad bajo la lupa de la disquisición de los administradores de justicia para

considerar su improcedencia, que dicho sea además, puede resolverla con una argumentación sucinta, diminuta, escueta, según lo prevé del inciso final de la norma referida; dicho de otra manera, sin que exista una motivación, en la que se enuncien normas o principios en que se haya fundado, o se explique la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho mediante un análisis fáctico.

No se trata solo de un tema de legalidad la admisión de una acción de protección, sino que conlleva un análisis más elaborado, desde su presentación, fundamentación y pretensión, para dilucidar si el litigio puede ser resuelto a la luz de la normativa constitucional.

Por ello se considera necesario que los jueces constitucionales realicen un estudio a fondo de cada caso en concreto plantado a través de una acción de protección, que sobrepasando los límites del mero ritualismo y formalidad, de la legalidad literalista de la ley, contrasten si el caso sometido a su conocimiento cuenta o no con una vía expedita en la justicia ordinaria, adecuada y eficaz, o si por el contrario, la vía constitucional es la idónea, dado el asunto controvertido.

Los requisitos que deben cumplir y los procedimientos que se tienen que llevar a cabo para presentar una acción de protección, no deberían alterar el contenido ni la esencia que la Constitución le otorgó a esta garantía jurisdiccional. La necesidad de que se articulen otras acciones y vías de reclamo de derechos, diferentes a la acción de protección, reconocemos que tiene su lógica, en cuanto se refiera y circunscriba a evitar que se haga un uso discriminado de la acción de protección, porque esta tiene una naturaleza especial frente al amparo de derechos constitucionales, pero no es menos cierto, que las mencionadas vías no siempre son las más efectivas y oportunas, por tanto, el imponer demarcaciones o requisitos o limitaciones generalísimas reduce el carácter protector, sencillez y rapidez que se pretende obtenerse al utilizar esta acción. El sistema, por tanto, convierte a estas delimitaciones normativas universalísimas en restricciones sustanciales que alteran la esencia de la acción.

En un Estado Constitucional de Derechos y Justicia la acción de protección es y un mecanismo de defensa constitucional directo, de primera línea, en donde la normativa infraconstitucional esté armonizada con el mandato constitucional, sin que normas de menor jerarquía, pretendan o tiendan a alterar el espíritu de la acción de

protección prometida de manera específica a proteger de manera oportuna y eficiente los derechos constitucionales.

Es necesario desarrollar reformas en la normativa infraconstitucional para que la acción de protección tenga su real sentido, alcance y aplicabilidad, aclarando y enrumbando criterios sui géneris, peculiares, que han ido contaminado los supuestos de los administradores de justicia sobre la acción de protección. El desarrollo jurisprudencial que se ha dado, ha intentado ir encausando esta acción constitucional a su andarivel que le corresponde, y que conforme continúe su tratamiento, aspiramos que se contemple su visión plena, siendo estos direccionamientos quizás, los insumos de una base que ilumine las reformas a las que hacemos referencia; sin embargo, mientras estén presentes las generalidades normativas vigentes, continuará abierto el atajo a la discrecionalidad, el formalismo y el arraigado legalismo; elementos estos como se ha indicado anteriormente, ha conllevado para transfigurar la acción de protección, desnaturalizándola de una acción directa a una residual, que podría conllevar como resultado que esta acción constitucional, no podría ser accionada de forma ninguna, por cuanto, en la legislación en todas las áreas de los derechos, se prevén vías de impugnación, entre otras, las contenciosas, civiles, por señalar algunas; lo cual podría conducir a pensar que el Artículo 88 de la constitución es inaplicable, engendrando un desorden y perturbación a la garantía que el constituyente concibió para la acción de protección; más aún cuando, las acciones de impugnación previstos en la legislación infraconstitucional, son de legalidad y no de constitucionalidad, no siendo ciertamente siempre las vías judiciales más adecuadas y eficaces para la protección directa de los derechos constitucionales.

Por último, se vuelve necesaria la constante vigilancia de los actores de la sociedad para garantizar que los requisitos de procedencia, e improcedencia de la acción de protección, no se conviertan y sean utilizados en una excusa para la anulación de su goce y disfrute ya que ello nos ayudará a transformar la realidad en que vivimos.

La acción de protección debe ser traducida en su real dimensión, como una acción de orden constitucional autónoma, directa, sumaria, preferente, inmediata, preventiva, reparatoria, garantista judicialmente de los derechos constitucionales.

Los derechos de unos, terminan cuando comienzan los derechos de otros.

Bibliografía

- Academia de la Lengua. *Diccionario Enciclopédico Jurídico Ecuatoriano*. Quito: Lex, 2008.
- Acción de Tutela*. Expediente T-13211 (Sala Quinta de la Corte Constitucional, Bogotá-Colombia 27 de agosto de 1993).
- Alexei, Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: CEPC, 2001.
- . *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Amparo contra Amparo*. Sentencia N° 420 (Sala Constitucional, 27 de 02 de 2003).
- Análisis a la ley de reforma del Código Penal alemán*. ST/1975 (Tribunal Constitucional alemán, 25 de febrero de 1975).
- Arce Andrade, Elena Josefina. *La violación de los derechos en las relaciones jurídicas privadas*. México DF.: Porrúa, 2012.
- Arenas López, Mailín, y Egil Emilio Ramírez Bejerano. *La argumentación jurídica en la sentencia*. México DF.: Porrúa, 2012.
- Argentina. «Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.» Ley N° 17.454, 1981.
- Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. *Ley de Procedimientos Constitucionales*. San Salvador : Decreto N°2996, 1960.
- Asamblea Constituyente. *Constitución*. San Salvador: Decreto N° 38, 1983.
- . *Constitución de la República*. Quito: Ediciones Legales, 2008.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Ediciones Legales, 2008.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Quito: Ediciones Legales, 1998.

- . *Constitución Política del Ecuador*. Quito: Ediciones Legales, 1945.
- . *Constitución Política del Ecuador*. Quito: Ediciones Legales, 1967.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. París: ONU, 1948.
- Asamblea General. *Ley 16011 Acción de Amparo*. Montevideo, 1988.
- Asamblea legislativa. *Ley de Procedimientos Constitucionales*. San Salvador: Ediciones Legales, 1960.
- Asamblea Nacional . *Ley de Amparo*. Managua: Ley N° 49, 1988.
- Asamblea Nacional. *Código Judicial de la República de Panamá*. Ciudad de Panamá: Ediciones Legales, 2001.
- . *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones- COPCI*. Quito: Ediciones Legales, 2010.
- . *Constitución Política de la República de Ecuador*. Quito : Ediciones Legales, 1906.
- . *Constitución Política de la República de Ecuador*. Quito: Ediciones Legales, 1929.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Quito: Ediciones Legales, 1878.
- . *Constitución Política de Panamá*. Ciudad de Panamá: Ediciones Legales, 1972.
- . *Constitución Política del Ecuador*. Quito: Ediciones Legales, 1946.
- Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Caracas: Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860, 1999.
- . *Constitución Política de la República de Honduras*. Tegucigalpa: Decreto N° 131, 1982.
- . *Constitución Política de la República de Nicaragua*. Managua, 1986.
- . *Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad- Decreto I-86*. Ciudad de Guatemala: Ediciones Legales, 1986.
- Asamblea Nacional. *Ley de Amparo- Ley No.49*. Managua: Ediciones Legales, 1988.

- . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Ediciones Legales, 2009.
- . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Registro Oficial N° 52, 2009.
- . *Reformas Constitucionales a la Constitución Política de Panamá*. Panamá: Ediciones Legales, 2004.
- Auto Acordado de la Corte Suprema*. Diario Oficial de la República de Chile, 27 de junio de 1992 (Corte Suprema de Justicia, 24 de Junio de 1992).
- Auto de admisibilidad de la acción extraordinaria de protección*. No. 162-09-EP (Corte Constitucional del Ecuador, 16 de julio de 2009).
- Auto de Admisibilidad de la acción extraordinaria de protección*. N° 162-09-EP (Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de Transición, 16 de julio de 2009).
- Ávila Santamaría, Ramiro. «Del amparo a la acción de protección jurisdiccional.» *Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 2001: 95-125.
- . *Desafíos Constitucionales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . *Retos de una institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Ávila, Ramiro. «Del amparo a la acción de protección jurisdiccional.» *Revista IUS* 5, n° 27 (enero 2011).
- . *Desafíos Constitucionales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . *El Amparo Constitucional entre el diseño liberal y la práctica formal. En un cambio ineludible*. Quito: La Corte Constitucional, 2008.
- . *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. 1ª edición. Editado por Ramiro Ávila Santamaria. Quito, Pichincha: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . *Rev. IUS vol.5 no.27 Puebla ene./jun.* 2011. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100006 (último acceso: 22 de enero de 2018).

- Badura, Peter. *Staatsrecht: systematische Erläuterung des Grundgesetzes der Bundesrepublik*. Munich: Beck, 1986.
- Baquerizo Minuche, Jorge. *Acción por incumplimiento*. Guayaquil: Universidad de Especialidades Espíritu Santo, 2010.
- Baquerizo, Jorge. «Acción de Protección.» *Revista Jurídica* (Universidad Santiago de Guayaquil), 2010: 18-19.
- Beltrán, Gambier. «Índice para la seguridad jurídica.» *Forum*, 2008: 15-20.
- Benavides, Jorge, y Jhoel Escudero. *Manual de justicia ecuatoriana*. Quito: Abya Yala, 2013.
- Bercobitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. *Manual de Derecho civil*. Buenos Aires: Heliasta, 2012.
- Bidart Campos, Germán. *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires: Ediar, 2000.
- Bilbao Ubillos, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- Blacio Aguirre, Galo. *La Acción de protección en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano*. Quito : Abya Yala, 2013.
- Blanco, Roberto. *El valor de las Constituciones*. Madrid: Alianza, 1998.
- Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, 2001.
- Bockenforde, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Berlín: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- Bolivia. «Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.» *Asamblea Legislativa Plurinacional*. Sucre, 2010.
- Brewer-Carias, Allan. *Leyes de Amparo América Latina*. México: Poder Judicial del Estado de México, 2009.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L, 2010.

- Canaris, Von Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*. Berlín: Walter de Gruyter, 1999.
- Cappelletti, Mauro. *La justicia constitucional y Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. México DF: Porrúa-UNAM, 2007.
- Casal, Jesús. *Los derechos Humanos y su protección: estudios sobre derechos y derechos fundamentales*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008.
- Caso Amillas Gamio*. No. 067-93-AAFC (Tribunal Constitucional de Perú, 12 de diciembre de 1996).
- Caso antena parabólica*. (Tribunal Constitucional Alemán, 9 de febrero de 1994).
- Caso Baena Vs Panamá*. Serie C, N° 72 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 12 de Febrero de 2001).
- Caso Blinkfuer*. ST/1969 (Sala Primera del Tribunal Constitucional Alemán, 26 de febrero de 1969).
- Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. N° 12.465 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de junio de 2012).
- Caso Garrido y Baigorria Vs Argentina. Reparaciones y Costas*. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de Agosto de 1998).
- Caso indemnización por daño moral, Neftalí Salvador Proaño y Teresa Tapia*. Gaceta Judicial serie XVII N° 9 (Sala Segunda Corte Superior de Justicia de Ibarra, 25 de julio de 1984).
- Caso Llanos Huasco*. Exp. 976-2001-AA (Tribunal Constitucional de Perú, 13 de marzo de 2003).
- Caso Luth*. BVerfGE 7/198 (Tribunal Constitucional Federal Alemán, 15 de enero de 1958).
- Caso McKinney vs la University of Guelph*. ST/1990 (Tribunal Supremo de Canadá, 12 de agosto de 1990).
- Caso Plan Sánchez vs Guatemala*. N° 11.763 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de Abril de 2004).
- Caso Portugal vs Panamá*. ST/008 (CIDH, 9 de abril de 2008).

Caso Reatail Wholesale and Department Store Union. ST/1988 (Tribunal Supremo de Canadá , 8 de julio de 1988).

Caso Revisión de Contratos. Sentencia T-222/2004 (Corte Constitucional de Colombia, 2004).

Caso Samuel Kot. Fallo 241:291 Amparo contra actos de particulares (Corte Suprema de la Nación Argentina, 24 de julio de 1958).

Caso Sindicato Unitarip de Trabajadores de Telefónica Perú S.A. y FETRATEL. ST/2002 (Tribunal Constitucional de Perú, 11 de julio de 2002).

Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de enero de 1999).

Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. 7920 (Corte Interamericana de Derchos humanos, 19 de enero de 1989).

Castillo, Fernando, y Julian López. «Las Garantías de los Derechos Sociales.» *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 19 (2011).

Cea, José. *Escritos de Justicia Constitucional*. Santiago de Chile: Planeta, 2007.

CIDH. *Informe de admisibilidad del caso Esmeralda Herrera Monreal vs Mexico*. Judicial, Nueva York: CIDH, 2005.

Congreso Constituyente . *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Diario Oficial 5 de febrero de 1917, 1917.

Congreso Constituyente. *Constitución del Estado de Ecuador*. Quito: Ediciones Legales, 1830.

Congreso de Diputados. *Constitución española de 1978*. Madrid: Ediciones Legales, 1978.

Congreso de la Nación. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Ley N° 17.454 , 1981.

Congreso de la República de Venezuela. *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*. Caracas: Gaceta Oficial N° 34.060 del 27 de septiembre de 1988, 1988.

- Congreso de la República del Perú. *Código Procesal Constitucional- Ley No. 28237*. Lima: Ediciones Legales, 2004.
- . *Constitución de la República del Perú*. Lima: Ediciones Legales, 2000.
- Congreso de la Unión. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México DF: Ediciones Legales, 1917.
- Congreso General de Colombia. *Constitución Política de la República de Colombia*. Bogotá: Ediciones Legales, 1991.
- . *Decreto Ley 2591*. Bogotá : Ediciones Legales, 1991.
- Congreso Nacional. *Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador*. Quito: Ediciones Legales, 1993.
- . *Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador*. Quito: Ediciones Legales, 1996.
- . *Codificación de la Constitución Política del a República del Ecuador*. Quito: Ediciones Legales, 1984.
- . *Código Civil-CC*. Quito: Ediciones Legales, 2005.
- . *Código de Procedimiento Civil- CPC*. Quito: Ediciones Legales, 2005.
- . *Constitución de la República de Paraguay*. Montevideo: Ediciones Legales, 1992.
- . *Constitución de la República de Portugal*. Lisboa: Ediciones Legales, 1976.
- . *Constitución de la República Federativa de Brasil*. Brasilia: Ediciones Legales, 1988.
- . *Constitución Política de la República de Chile*. Santiago de Chile: Ediciones Legales, 1981.
- . *Constitución Política del Estado de Bolivia*. La Paz: Ediciones Legales, 2009.
- . *Ley del Control Constitucional*. Quito: Ediciones Legales, 1997.
- . *Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional- Ley 027*. La Paz: Ediciones Legales, 2010.
- . *Ley No. 437-06* . Santo Domingo: Ediciones Legales, 2006.

- . *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales*. Santo Domingo: Ley 137-11, 2011.
- Consejo Supremo de Gobierno. *Constitución Política del Ecuador*. Quito: Ediciones Legales, 1979.
- Constitución de la República del Ecuador (2008). *Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización*. Quito, s.f.
- Constitución Política de la República del Ecuador (1998). *Asamblea Nacional Constituyente*. Quito, s.f.
- Convención Nacional. *Constitución de la República de Ecuador*. Quito: Ediciones Legales, 1861.
- . *Constitución Política de la República de Ecuador*. Quito: Ediciones Legales, 1845.
- Corte Constitucional Colombiana. *Sentencias ST-225/93 de la Corte Constitucional Colombiana, Citado por Julio Estrada Alexei en el libro "La eficacia d los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2000.
- Corte Constitucional. *Reglas de Procedimineto para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición*. Quito : Ediciones Legales, 2008.
- Corte Suprema de Justicia. *Ley sobre Justicia Constitucional*. Tegucigalpa: Ediciones Legales, 2004.
- Cueva Carrión, Luis. *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*. Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2010.
- . *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*. Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2010.
- . *El Amparo: teoría, práctica y jurisprudencia*. Quito: Cueva Carrión, 2007.
- De Asís, Rafael. *Las paradojas de los Derechos Fundamentales como límites al poder*. Madrid: Dykinson , 2008.
- Delfina Torres Vda de Concha. Gaceta Judicial serie XVII N° 10 (Sala única de la Corte Superior de Justicia, 22 de octubre de 2001).

- Echandía, Alfonso. *Perfil de los magistrados en la toma de decisiones*. Bogotá: Norma, 1985.
- Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Segundo Suplemento del Registro Oficial 52. 2009, s.f.
- Ediciones Legales. *Manual Práctico Legal Ecuatoriano Tomo I*. Quito: Corporación MYL, 2012.
- Ekkehart, Stein. *Derecho Político*. Berlín: Derecho, 2013.
- El Derecho sobre la Asistencia Consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva- OC 16/99 (Corte IDH, 16 de junio de 1999).
- Eliana Guillen Cordero*. N° 0380-10-EP (Corte Constitucional, 27 de diciembre de 2013).
- Errazuriz, Juan, y José Otero. *Aspectos Procesales del Recurso de Protección*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1989.
- Escrucería, Iván. *Tutela y vías de hecho. Documento preparado por la Relatoría de la Corte Constitucional*. Jurisprudencia, Bogotá: Ediciones Legales, 2006.
- Espinosa Cueva, Carla. *Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral*. Quito: Tribunal Contencioso Electoral, 2010.
- Espinosa Cuevas, Carla. *Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral*. Quito: TCE, 2010.
- Estorini, Claudia, y Marcos Navas Alvear. *La acción de protección en Ecuador: realidad jurídica y social*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013.
- Estrada, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Farfán, George. *ANÁLISIS JURÍDICO DE LA ADMISIÓN DE LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES CON LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN 2008*. Portoviejo: Universidad San Gregorio, 2009.
- Ferrajoli, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Trotta, 2009.

- Ferreres, Comella. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares*. Mexico: Porrúa, 2002.
- Flores, Rubén. *Constitución de la República Oriental de Uruguay de 1967, anotada, actualizada y concordada*. Montevideo: Amilio Fernández, 2010.
- Flores, Ruben. *Tratado de derechos administrativo*. Buenos Aires-Montevideo: La Ley, 2010.
- Frúgoli, Martín A. «Daño: Conceptos, Clasificaciones a Autonomías. El punto unánime coincidente. Resarcimiento.» *Derecho y cambio social*, 2010: 1-20.
- Garcia De Enterría, Eduardo y Fernandez, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Thomson Civitas, 2004.
- García Falconí, José. *La demanda civil de daños y perjuicios y daño moral con responsabilidad subjetiva en contra de jueces, fiscales y defensores públicos*. Quito: Justicia, 2010.
- García Ruiz, José. *Introducción al derecho constitucional*. Madrid: Universidad de Cádiz, 2010.
- Garcia, Joaquin. *La protección judicial de los derechos fundamentales*. Vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.
- García, Luz María. «La inversión Probatoria.» En *estudios homenaje a la profesora Teresa Puente*, de Lorenzo Prats, 645-662. Valencia: Universidad de Valencia, 1996.
- García, Sergio. *Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.
- García-Enterría, Eduardo, y Tomás Fernández. *Curso de Derecho Adeministrativo*. Madrid: Thomson Civitas, 2004.
- Gidi, Antonio. *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*. Quito: ONU, 2009.
- Gil Botero, Enrique. *La Constitucionalización del Derecho de Daños*. Bogotá: Temis, 2014.
- Goldstein, Mabel. *Diccionario Jurídico Consultor Magno*. Buenos Aires: Círculo Latino, 2008.

- González Castillo, Joel. «La Fundamentación de las sentencias y la sana crítica.» *Revista Chilena de Derecho*, 2006: 4-10.
- González Dávila, Richard. «La constitucionalización del Derecho Privado y la Acción de Protección frente a particulares.» *Revista de Derecho No. 16*, 2011: 57-95.
- Gonzalez, Richard. «La Constitucionalización del Derecho Privado y la Acción de Protección frente a particulares.» *UASB*, 2011: <http://hdl.handle.net/10644/3136>.
- Henao, Javier. *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Temis, 2006.
- Hermes, Walthers. *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*. Munich: Bruno Gmunder, 1987.
- Hermida del Llano, Cristina. *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*. Barcelona: Antrhopos, 2011.
- Hernández, Roberto. *Derecho Constitucional*. Guayaquil: Edino, 2011.
- Hesse, Konrad. *Manual de Derecho Constitucional*. México, DF: Marcial Pons, 2009.
- . *Manual de Derecho Constitucional: Significado de los derechos fundamentales*. Madrid: Instituto Vasco de Administraciones Públicas, 1996.
- Iglesias Báñez, Mercedes. *Estructura orgánica y derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2011.
- Informe de Admisibilidad del caso Esmeralda Herrera Monreal vs México*. N° 15/05 (Corte interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2005).
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *La Figura del Ombudsman: guía de acompañamiento a los pueblos indígenas*. San José. Costa Rica: IIDH, 2006.
- Interpretación Sistemática de la Constitución: Tutela Judicial Efectiva*. No. 031-09-SEP-CC (Pleno de la Corte Constitucional, 24 de Noviembre de 2009).
- Jaramillo Ordóñez, Herman. *Manual de Derecho Administrativo*. Loja: Universidad de Loja, 2001.
- Jiménez Campo, Javier. *Derechos fundamentales: Concepto y Garantías*. Madrid: Dykinson, 2010.
- Jubilación Voluntaria*. N° 0470-12-EP (Corte Constitucional, 2013).

- Klein, Eckart. *Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*. Munich: Bruno Gmunder, 1989.
- Kretz, Andrietta. *Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. Sao Paulo: Momento Atual, 2005.
- La acción de amparo*. No. 862-2004-RA (Tribunal Constitucional, 23 de mayo de 2004).
- Lares Martínez, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. XII edición. Caracas, Distrito Capital: Universidad Central de Venezuela, 2001.
- Lares, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. XII. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2001.
- Magali, Ruperta. «es.scribd.com/.» *Diferentes clases de daños*. 10 de Febrero de 2015. <http://es.scribd.com/doc/59483272/DIFERENTES-CLASES-DE-DANOS#scribd>.
- Marinoni, Luiz Guilherme. <https://revistas.juridicas.unam.mx>. Editado por Universidad Nacional Autónoma de México. 2008. <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2008.123> (último acceso: 16 de enero de 2018).
- Molina, Carlos, y Mario Álvarez. *Derecho Constitucional General*. Medellín: Universidad de Medellín, 2006.
- Montaña Pinto, Juan, y Angélica Porras Velázco. *Apuntes de derecho procesal constitucional. Parte Especial. Garantías Constitucionales en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional de Ecuador, 2012.
- Montero Aroca, Juan y Flors Maties, José. *Amparo Constitucional y Proceso Civil*. 2da edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- Montero Aroca, Juan, y José Flors Maties. *Amparo Constitucional y Proceso Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- Morán, Ciro. «Acción Extraordinaria de protección.» Guayaquil, 2010.
- Morand-Deville, Jacqueline. *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

- Morand-Deville, Jaqueline. *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Externado de Colombia, 2010.
- Muller, Jörg Paul. *Elemente einer schweizerischen grundrechtstheorie*. Munich: Bruno Gmunder, 1982.
- Naranjo de la Cruz, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones particulares*. Madrid: Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- Nipperdey, Enneccerus. *Lehrbuch des Burgerlichen Rechts*. Tubingen: Bruno Gmünder, 1998.
- Nogueira Alcalá, Humberto. «El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano.» Vers. 13. *Ius et Praxis*. Editado por Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca. 2007. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100005 (último acceso: 15 de enero de 2018).
- Nogueira, Humberto. «El Recurso de protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano.» *Revista IUS ET PRAXIS* (Universidad de Talca), 2016: 75-134.
- OEA. *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José: OEA, 1969.
- . *Declaración de Antigua sobre la Justicia Constitucional*. Antigua: OEA, 1992.
- Ordóñez Espinosa, Hugo. *Hacia el amparo constitucional en el Ecuador*. Quito: PUDELE-CO, 1995.
- Ordoñez, Hugo. *Hacia el Amparo Constitucional en el Ecuador*. Quito: Pudeleco, 1995.
- Organización de Estados Americanos. *Convención Americana de los Derechos Humanos*. San José: OEA, 1969.
- Organización de las Naciones Unidas. «Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.» 4 de Enero de 1969.

———. «Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.» *60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General*. 16 de Diciembre de 2005. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>.

Osorio, Manuel. *El Juicio Especial por la Acción de Amparo Constitucional*. Quito: Rodín, 1999.

Oyarte Martínez, Rafael. *La Acción de Amparo Constitucional*. Quito: Fundación Andrade y Asociados, 2006.

———. *La Acción de Amparo Constitucional*. 2da edición. Quito: Fundación Andrade y Asociados, Fondo Editorial, 2006.

Palacios, María. *Observatorio Iberoamericano de protección de datos en el derecho ecuatoriano*. 24 de Abril de 2013. <http://oiprodat.com/> (último acceso: 26 de Julio de 2013).

Paolantonio, Martin. «Antecedentes y Evolución del Constitucionalismo. Constitucionalismo Liberal y Constitucionalismo Social.» *Biblioteca Juridica Virtual UNAM*, 1987: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/lecciones-ensayos/issue/view/741>.

Parlamento de Uruguay. *Constitución de la República Oriental del Uruguay*. Montevideo: Plesbicio 27 de noviembre de 1967, 1967.

Parlamento del Reich. *Código Civil Alemán*. Berlín: Ediciones Legales, 1900.

———. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Bonn: Ediciones Legales, 1949.

Parlamento del Reino Unido. *Carta Canadiense de Derechos y Libertades*. Ottawa: Ediciones Legales, 1982.

Parlamento Francés. *Código de Procedimiento Civil Francés*. París: Ediciones Legales, 1976.

- Peces Barba, Gregorio. *Derechos Fundamentales*. Editado por Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid: Universidad Complutense, 1988.
- Peña Herrera, Martín. *La función de la acción por incumplimiento como garantía jurisdiccional del ordenamiento jurídico*. Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2010.
- Pérez Camacho, Efraín. *Manual de Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: TECNOS, 2013.
- Pérez, Efraín. *Manual de Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- Pérez, Francisco. *Teoría del Estado*. México DF.: Porrúa, 1997.
- Polo, Maria. *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial I*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011.
- Presidencia de la República. *Decreto 2591*. Bogotá : Ediciones Jurídicas, 1991.
- Quadra-Salcedo, Tomás. *El recurso de amparo y los derechos fundamentales de las personas en las relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 2000.
- Ramlogan, Rajendra. *Judicial Review in the Commonwealth Caribbean*. New York: Routledge-Cavendish, 2013.
- Real Academia Española. *Diccionario*. Madrid: Ecos, 2004.
- Renuncia de Pensión Alimenticia*. ST/001 (Tribunal Constitucional Alemán, 6 de febrero de 2001).
- Rioja, Alexander. *blog.pucp.edu.pe/*. 14 de Diciembre de 2014. <http://blog.pucp.edu.pe/item/81886/la-sentencia>.
- Rivero, Jean. *La protection des droits de l' homme dans les rapports entre personnes privées*. París: Pedone, 1995.
- Rodríguez Paniagua, José María. «Derecho constitucional y Derechos humanos en la revolución norteamericana y la francesa.» *Revista española de Derecho Constitucional número 19*, 1995: 65-90.

Rolla, Giancarlo. *El Papel de la Justicia Constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo, justicia constitucional y derechos fundamentales*. Lima: Grijley, 2008.

———. «<https://dialnet.unirioja.es/>» s.f.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084746.pdf> (último acceso: 11 de enero de 2018).

—. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Lima: Grijley, 2010.

Rousseau, Jean. *El Contrato Social*. Traducido por María José Villaverde. Penguin Random House Grupo Editorial, 2012.

Rozo, Eduardo. *Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina*. Bogotá: Universidad del Externado, 2006.

Rubio Llorente, Francisco. *El recurso de amparo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

Salazar, Iván. *Introducción al Estado*. México DF.: Porrúa, 2008.

Salvado Chirivoga vs. Ecuador. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de Mayo de 2008).

Sánchez, Roger. *El Recurso de amparo en Nicaragua como protección de derecho y libertades constitucionales y algunas realidades comparativas con otros países*. Valencia: Pueblos Fraternos, 1997.

Saraza Jimena, Rafael. *Jueces, derechos fundamentales relaciones entre particulares*. La Rioja: Universidad La Rioja, 2008.

Sarria, Eustorgio. *Derecho Administrativo*. Galicia: Publicaciones C.E.I.D.A, 2000.

Schmitt, Carl. *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*. Berlín: Duncker and Humblot, 1959.

Sección Noticias. «Negritud sufre por racismo solapado entre la sociedad.» *Diario El Universo*, 5 de julio de 2009: s/n.

Senado. *Ley de la Jurisdicción Constitucional de la República de Costa Rica*. San José: Ediciones Jurídicas, 1998.

Sentencia 290. ST/1993 (Corte Constitucional de Colombia, 14 de septiembre de 1993).

Sentencia C-378/10 de la Corte Constitucional de Colombia que declara Inexequible la expresión "domiciliarios", del numeral 3 del Artículo 42 del Decreto 2591 de 1991. C-378/10 (Corte Constitucional de Colombia, 13 de junio de 2010).

Sentencia de la Corte Constitucional No. 001-10-PJO-CC. No.0999-09-JP Segundo Suplemento (Corte Constitucional de Ecuador, 29 de diciembre de 2010).

Sentencia de la Corte Constitucional- No. 001-10-PJO-CC. Caso No. 0999-09-JP (Corte Constitucional, 29 de diciembre de 2010).

Sentencia del Caso Acevedo Jaramillo. ST/006 (CIDH, 7 de febrero de 2006).

Sentencia N° 001-16-PJO-CC. N° 0530-10-JP (Corte Constitucional, 2016).

Sentencia N° 0016-13-SEP-CC. Causa N° 01000-12-EP (Corte Constitucional, 16 de mayo de 2013).

Sentencia N° 0041-13-SEP-CC. N° 00470-12-EP (Corte Constitucional, 2103).

Sentencia N° 001-10-PJO-CC. N° 0999-09-JP (Corte Constitucional , 29 de diciembre de 2010).

Sentencia No. 1. ST/1992 (Sala Tercera de Revisión, Corte Constitucional de Colombia, 3 de abril de 1992).

Sentencia T-222/2004. (Corte Constitucional de Colombia, 3 de agosto de 2004).

Silva, Carolina. *La función de la acción por incumplimiento como garantía jurisdiccional del ordenamiento jurídico.* Quito: Universidad San Francisco, 2010.

Starck, Christian. *Derechos fundamentales y Derecho Privado.* Madrid: Alianza Editorial, 2005.

STC 11/1981. (Tribunal Constitucional español, 18 de abril de 1981).

STC 11/1981. ST/1981 (Tribunal Constitucional español, 8 de abril de 1981).

Steinberg, Robert. *Grundfragen de öffentlichen Nachbarrechts.* Berlín: Neue Furistische Wochenschrift, 1989.

Storini, Claudia, y Marco Navas. «La Acción de Protección en Ecuador.» Nuevo Derecho ecuatoriano, 2013.

T-594. ST/1992 (Corte Constitucional de Colombia, 11 de mayo de 1992).

- Terán, Henry. «La administración de justicia constitucional en manos de jueces ordinarios.» *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil*, 2009: 5-7.
- Trabucco, Federico. *Las constituciones de la República del Ecuador*. Quito: Editorial Universitaria, 1975.
- Tribunales Colegiados del Circuito. *Tesis Aislada. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo IV*. Mexico DF.: Novena Época, 1996.
- Varela Díaz, Santiago. «La idea del deber constitucional.» *Revista Española de Derecho Constitucional* No. 4, 1982: 45-69.
- Vazquez Alvarado, Zoila Leticia. *Los daños derivados de la vulneración de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Heliasta, 2010.
- Villena, C. Zulema. *El origen del Estado*. México DF.: Porrúa, 2009.
- Von Munch, Ingo. «La dignidad del Hombre en el derecho constitucional.» *Revista española de derecho constitucional*, 1982: 9-33.
- Wolfgang Bockenforde, Ernst. *Sobre la situación de los derechos fundamentales tras 40 años de la ley fundamental*. Berlín: Escritos sobre derechos fundamentales, 1993.
- Zaldívar, Arturo. *Hacia una nueva Ley de Amparo*. México DF: UNAM, 2002.
- Zúniga, Francisco. *La acción de indemnización por error judicial. Reforma constitucional y regulación infraconstitucional*. Uruguay: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG, 2005.